الثالثة الموجود

آيا صوفيه

١٢٦٧

جلد

٢٥٥

قطعة ثالثة من كفاية
٤٣

ثالث من الكفاية شرح التنبيه

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين
خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي
محمود خان وقفاً صحيحاً شرعياً لمن طالع وافاد وتعلم واستفاد
اعظم الله تعالى اجره يوم التناد حرره الفقير
احمد شيخ زاده المفتش باوقاف
الحرمين الشريفين غفر لهما

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر واعن ويسر واختم بخير

كتاب البيوع

البيوع جمع بيع وهو في اللغة اعطاء
شيء في مقابلة شيء وهو في الشرع مقابلة المال القابل للتصرف
بالمال القابل للتصرف مع الايجاب والقبول على الوجه المأذون
فيه وسمي البيع بيعا لان البائع يمد باعه الى المشتري حالة
العقد ويسمى صفقة ايضا لان احدهما يصفق يده على
يد صاحبه حالة العقد حكاه القاضي الحسين وعنه ورد
ابن الخشاب الاول وقال انه غلط لان البيع من ذوات الياء
يقول باع يبيع بيعا والباع من ذوات الواو يقول بعت الشيء
ابوعه بوعا وانما جمع البيع وان كان اسم جنس
لاختلاف انواعه لانه يقع على اضرب بيع عين وبيع دين
وبيع منفعة وان شئت قلت بيع صحيح قولا واحدا وبيع فاسد
قولا واحدا وبيع في صحته قولان وكل واحد من المتعاقدين فيه
يقال له بائع وبيع ومشتر قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتي
ثمنا قليلا وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار
وتقول العرب بعت بمعنى بعت ملكي من غيري وبعت بمعنى اشتريت
وقد جاء شرى بمعنى باع قوله تعالى وشروه بثمن بخس وقوله
ولبئس ما شروا به انفسهم والاصل في مشروعية البيع في
الجملة قبل الاجماع من الكتاب قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وخص الاكل بالذكر لانه اعم
وجوه المصارف كما قال تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما
والحصر لا يعد بالاكل ورفع تجارة على ان كان تامة بمعنى الا
ان تقع تجارة وما نصب على ان كان ناقصة والاستثناء من غير
الجنس

في العادة

الجنس على الصحيح لان التجارة ليست من الباطل في شيء وذلك
جائز عند عامة العلماء الا عند محمد بن الحسن وقد جاء ذلك
في قوله تعالى لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قيلا سلاما سلاما
وقال ابو اسحق هو استثناء من الجنس لان حكم الاية لا تأكلوا اموالكم
بينكم بالباطل لا بالتجارة ولا بغير التجارة لانه قد
يؤكل المال بالباطل بتجارة فاسدة فقوله الا ان تكون تجارة
استثناء من جنسها وضعف وقوله تعالى واحل الله البيع
وحرم الربا والالف واللام في البيع اما ان يكون للعموم او للمعهود
او لتعريف الماهية واياما كان فهي دالة على بيع ما وهو المقصود
هنا والذي رجحه الشافعي وصححه اصحابه ان الاية عامة في
كل بيع الا ما خصه على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم او كان في معنى
المنهي عنه وان كان الشافعي قد قال ان احتمال تناولها لحل بيع
على العموم اشبه ونقل عنه ايضا انه قال انها مجملة الا ان
السنة وردت مفسرة لها حكى هذا الخلاف القاضي ابو الطيب
الحسين وغيره وحكي ايضا انا اذا قلنا انها عامة او قلنا انها
مجملة فهل دلت السنة المخصصة او المبينة متاخرة عن الاية او
مقدمة عليها فيه قولان وان فائدة الخلاف في الاصل يظهر في
شيء واحد وهو اذا وقع الاختلاف في مسئلة من مسائل البيع احلال
هو ام حرام ان قلنا ان الاية عامة يجوز الاستدلال بها في
المسئلة والا فلا وقوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه
قال ابن عباس المراد به السلم ومن السنة ما روي انه سئل رسول الله
اي الكسب اطيب فقال عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور اي لا غش فيه
ولا خيانة وروى الترمذي عن قيس الجهني انه قال خرج علينا رسول الله

فما

او للعهد

ولحن نتبايع في السوق وكنا ندعى السماسرة فقال يا معشر التجار
ان الشيطان والاثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة
وقال انه حسن صحيح وغير ذلك من الاخبار التي تاتي في مواضعها

باب ما يتم به البيع

هذه ترجمة دالة على ما في الباب
لان اركان البيع على ما جاء غيره وان كان في اطلاق ذلك مناقشة
ثلاثة العاقد وهو يشمل البائع والمشتري والمعقود عليه وهو
يشمل الثمن والمثمن وصيغة العقد وهو تشمل الايجاب والقبول
والمذكور منها في هذا الباب العاقد والصيغة والثالث وهو
المعقود عليه مذكور في الباب الثاني واما هذا الشرط الذي
والمناقشة التي اشرنا اليها ابداها الرافعي على قول الغزالي لا بد
منها لوجود صورة العقد وهي ان المراد ان كان لا بد من وجودها
لدخل صورة البيع في الوجود فالزمان والمكان وغيرهما من الامور بهذه
المثابة فوجب ان نعدها اركانا وان كان المراد انه لا بد من حضورها
في الذهن لتصور البيع فلا نسلم ان العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة
وهذا لان البيع فعل من الافعال والفاعل ايضا خارج حقيقة الفعل الذي
انا اذا عددنا اركان الصلاة والحج لا نعد المصلي والحاج وان كانا في
جملتها وكذلك مورد الفعل بل لا يشبه ان الصيغة ايضا ليست جزءا
من حقيقة فعل البيع وجوابها ان المراد الاول وانما لم نعد الزمان
والمكان من الاركان لانه لا يعقل فعل من الافعال بدونهما عقدا
كان او غير عقد والعلم بذلك حاصل بالبديهة فلذلك لم نذكرها
بخلاف ما ذكره فانه لما اختلف فيه احتاج الى ذكره
تنبيه قال المراد بالبيع المبوب عليه بيع الاعيان خاصة بدليل
قوله في باب السلم وهو بيع الدين السلم صنف من البيع يعتمد جميع الثلاث

البيع

البيع الى غير ذلك وقوله في باب الاجارة وهي بيع المنافع
الاجارة بيع تصح ممن يصح منه البيع الى غير ذلك ولهذا التقدير
فائدة تظهر لك من بعد قال ولا يصح البيع الا من مطلق
التصرف غير محجور عليه المراد بهذا اللفظ بيان الاهلية وهي
تحصل بالبلوغ والعقل لان اهلية المعاملات عند الشافعي
مستفادة من التكليف فلا يصح بيع الصبي والمجنون سواء وافق
الغبطة او خالفها اذن فيه الولي او لم ياذن لقوله صلى الله عليه وسلم
رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى
يستيقظ رواه الترمذي ووجه الدلالة منه ان البيع لو صح لاستلزم
المواخذة بالتمكين من التسليم والمطالبة بالعهدة والحديث دال
على نفي المواخذة فان قيل لم لا يصح البيع ويكون الولي هو المخاطب
بذلك كما يخاطب بايفاء ارش الجنايات ونحوه فالجواب قلنا
اما المجنون فقد قام الاجماع على عدم صحة تصرفه لقبحه شرعا وعرفا
واما الصبي فلانا انما اقمنا الولي مقامه فيما ذكر للضرورة ولا
ضرورة هاهنا بتقرير المثمن والمساومة والمماكسة المطلوبة
في البيع وفي الطريق يتبين خلافه وصحح في صحة بيع الاختيار واختاره
ابن عصرون في المرشد وهذا اخر حكم بيعه وسياتي قبول روايته
واسلامه ووصيته وتدبيره خلاف في مواضعه ان شاء الله تعالى وقوله
غير محجور عليه بيان للمانع القائم بذات مطلق التصرف ليخرج بيع
السفيه وشراؤه بغير اذن وليه فانه لا يصح مع وجود الاهلية
لا لحق نفسه ولا لحق غيره وبالاذن له على الاصح في
التهذيب وشرح ابن التلمساني هذا ما ظهر لي ورايت لبعض
من شرح هذا الكتاب ان مراد الشيخ بهذا اللفظ الاحتراز

عمن حجر عليه لحق غيره كالراهن في العين المرهونة والمفلس
في الاعيان المحجور عليه فيها بدون الاذن والعبد غير المأذون
واضاف الى ذلك بعضهم بيع الفضولي على القول الجديد ولم يظهر
لي صحة شيء من ذلك لان منع الراهن من التصرف في المرهون للحجر
عليه في العين لا في ذاته وقد احترز عنه الشيخ بقوله في الباب
الثاني وفي المحجور فيما يبطل به حق ادمي فلولا ان يدخل فيما احترز
عنه هاهنا لم يحتج الى ذكره ومنع المفلس من التصرف في
الاعيان المحجور عليه فيها يضاهي منع الراهن ثم لو قدرنا صحة
ذلك لم يكن كلام الشيخ جامعا للمقصود لانه نفى صحة البيع على
الاطلاق عند عدم اطلاق التصرف وعند وجوده ووجود الحجر
والراهن ليس ممنوعا من البيع على الاطلاق فانه يجوز ان يبيع
غير الرهن ويشترى ما اراد لنفسه ولمن يوكله وكذلك المفلس في
غير الاعيان المحجور عليه فيها على الصحيح وهذا الذي حرره
العراقيون واما العبد فمنعه من التصرف بالبيع لعدم الملك او
ضعفه والاحتراز عنه ملتقى من الباب الثاني بقوله ولا يجوز بيع ما
لا يملكه الا بنيابة او ولاية وشراؤه عند العراقيين على ما حكاه
القاضي ابو الطيب في باب التفليس كشراء المفلس ومقتضاه ان يكون
الصحيح جوازه وحينئذ فلا يحسن الاحتراز عنه بعدم الا قلنا انه لا يجوز
كما صححه الرافعي وغيره فيحسن الاحتراز عنه ايضا ان كان الشيخ
يوافقه عليه ولو قيل انه صح شراؤه لكونه باذن سيده قلنا بالاذن
ارتفع عنه الحجر في ذلك التصرف واما بيع الفضولي فالمنع
منه لعدم الملك وان قيل احترز الشيخ عن مانع الحجر لما ذكرنا
والمحترز عن مانع الاكراه بقوله بلفظ الاختيار فهلا ذكرها

فعلى

كما نقل في المهذب قلنا الموانع الاصل عدمها وذلك يغني عن
الاحتراز عنها والمحوج الى ذكر الاحتراز عن المحجور مخالفة ابي
في بيع الصبي فانه اذا اجاز بيعه فبيع السفيه اولى لا يحتاج
الى التنبيه عليه خشية ان يعتقد معتقد موافقته لاجل انه
صحيح للعبارة بخلاف الصغير

فرع

بيع المصادر هل
ينعقد فيه خلاف يحكى في الوسيط في باب الاطعمة وحكى ابن ابي الدم
ان القاضي ابا منصور بن احمد البجلي قال سالت ابا نصر عن هذه المسئلة
فقال ان كان له مال غير الذي باعه صح البيع وان لم يكن له مال سوى
الذي باعه فهل يصح البيع فيه وجهان

قال

ولا ينعقد الا
بالايجاب والقبول اي على وجه الجزم سواء كان المعقود عليه من المحقرات
او غيرها كالجواري والدواب والدور لقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله عليه السلام انما
البيع عن تراض والرضى امر خفي لا مطلع عليه فوجب ان يناط
الحكم بسبب ظاهر يدل عليه وهو الصيغة وروى الخراسانيون عن
ابن سريج تخريج قول للشافعي انه يكتفى في المحقرات بالمعاطاة وبه افتى
القاضي الروياني وغيره على ما حكاه الرافعي لان المقصود الرضى والقرائن
تعرف حصوله وفي البيان ان ابن سريج حكاه عن الشافعي من غير ان يذكر
لفظ التخريج وفي النهاية في باب حبل الحبلة ان ابن سريج ذكر قولين
في المعاطاة مع القرائن في ارادة البيع هل يكون بيعا ولم يقيده بالمحقرات
وهو يوافق ما في الوسيط في باب العارية حيث قال وليس اذن الشافعي
في المعاطاة في البيع وحيث يحصل القرائن ومقتضى هذا الاطلاق ان
خلاف ابن سريج غير قاصر على المحقرات وفي التتمة انه حكي عن ابن سريج
ان كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وبعدونه بيعا فهو بيع وما

لم تجر العادة فيه بالمعاطاة كالجواري والدواب والعقار فلا
وكذا ما يعتاد فيه قال مالك وقال أبو حنيفة المعاطاة في بيع المحقرات
وأما في الأشياء النفيسة فلابد من الإيجاب والقبول ومقتضى هذا
أن خلاف ابن سريج أيضا قاصر على المحقرات بل يجري في المحقرات وما
فوقها مما جرت العادة فيه بالمعاطاة ولا يجري فيما لم تجر العادة
فيه بالمعاطاة إذ لو لم يكن كذلك لما عقبت ما حكي عن ابن سريج
وبه قال مالك وأبو حنيفة والذي تقتضيه كلام المتولي هو الذي
رجحه ابن الصباغ والمعروف لعله ابن سريج ذكروا المستند بتخريجه
صورا منها ما إذا دفع إلى غسال ثوبه وأمره بغسله ولم يسم له
أجرة والغاسل ممن يعمل بالأجرة فإنه يستحق الأجرة على قول ومنها لو
عطب الهدي قبل المحل نحره وغمس النعل الذي قلده في الدم وضرب
به على صفحة سنامه فإنه يجوز للمارين أن يأكلوا منه على أحد القولين
ومنها لو قال لزوجته إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فوضعته بين
يديه ولم يتلفظ بشيء فإنه يملكه على الصحيح ومثلوا المحقرات بالباقة
من البقل والرطل من الخبز ومنهم من مثلها بما دون نصاب السرقة
قال الرافعي والأشبه الرجوع فيه إلى العادة فما يعتاد فيه الاقتصار
على المعاطاة بيعا ففيه التخريج ولهذا قال صاحب التتمة مقرا عن التخريج
ما جرت العادة فيه بالمعاطاة بيعا وما لا كالدواب والجواري
والعقار فلا هذا آخر كلامه وقد علمت أن المفهوم من كلام صاحب التتمة
أن يلتحق بهما ما قال الحسن إلا المستثنى ما ذهب إليه فرع حيث أن بيع المعاطاة لا
يصح فما حكم ما جرت العادة فيه بالمعاطاة من الأخذ والعطاء فيه وجهان
أحدهما أنه إباحة وبه أجاب القاضي أبو الطيب ابن الصباغ حين سأله
عما إذا أخذ بقطعة ذهب شيئا وأكله ثم عاد يطالبه بالقطعة هل
له ذلك

٥

له ذلك فقال ابن الصباغ لو كان إباحة لكان له ذلك فقال
القاضي إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر قال ابن الصباغ
فهو إذا معاوضة وأصحهما أن حكم المقبوض به حكم سائر العقود
الفاسدة وحكي عن الشيخ أبي حامد أنه قال يسقط ذلك عن
ذممهم بالتراضي وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة وحيث
قلنا بصحة بيع المعاطاة فصورتها على ما حكاه المحلي أن يتفقا على
الثمن والمثمن ثم يعطي المشتري الثمن للبائع ويعطي البائع السلعة للمشتري
من غير أن يجري بينهما إيجاب وقبول فرع إذا باع الأب أو الجد
مال ابنه الصغير من نفسه هل يفتقر إلى النطق بلفظ العقد أو
تكفي نيته ذلك فيه وجهان منقولان في الحاوي في كتاب الرهن فإن
اعتبرنا الإتيان باللفظ فهل يفتقر إلى القبول فيه وجهان فإن اعتبر
فهو مقتضى الطلاق والشيخ أبو إسحاق في التوكيل على الأصح وإن لم نعتبره
وأراد أن يوكل وكيلا واحدا في الإيجاب والقبول فهل يجوز فيه وجهان
في النهاية في كتاب العارية أما إذا حصل الإيجاب والقبول على
وجه الهزل فهل ينعقد به البيع قال القاضي الحسين في باب
الصداق يحتمل وجهين بناء على مسألة السر والعلانية في الصداق فإن
جعلنا المهر مهر السر يعني في هذه المسألة لا ينعقد لأنهما ما
قصدا بذلك معاوضة حقيقة وإن قلنا المهر مهر العلانية فالعقد
ولا اعتبار بقصدهما بل العبرة بالملفوظ فرع في بيع التلجئة وهو
أن يخاف واحد من السلطان فيجيء إلى صديق له ويقول بعتك
مالي منك على أن ترده علي إذا أمنت من السلطان حتى أقول
للسلطان إني بعته وإذا عقد كذلك لا ينعقد البيع وهم يسمونه بيع
الأمانة مثل هذا الخلاف والمذهب في الشامل الجزم بالصحة

قال وهو ان يقول اي البايع بعتك او ملكتك اي بكذا لان
اسم البيع يقع على ذلك قال وما اشبهه اى مثل ان يقول
شريت منك هذا وصارفتك في عقد الصرف و ولبتك هذا
العقد واشركتك معي فيه بصفين وغير ذلك مما هو في معناه
وهذا هو الايجاب وضابطه فيما الحق فيه كل لفظ يدل على التمليك
بعض دلالة ظاهرة هذا امر المشهور في لفظ التمليك حكاية
وجه مروي في الحاوي انه لا يصح به البيع وانه الاصح لان التمليك
حكم من احكام البيع وموجبه فاحتاج الى تقديم العقد ليكون في
التمليك بتعقبه ولانه يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض فصار
من جملة الالفاظ المجملة وهذا التعليل منه مبني على اعتقاده ان
البيع لا ينعقد من جهة البايع الا بلفظ واحد وهو قوله بعتك دون
قوله اخذتك هذا العبد بالف او سلطتك عليه وفيه وجه انه لك او
جعلته لك وما اشبه ذلك وهذا ان اراد مع وجود النية وجعل
القايل كالشاهد فهو خلاف الظاهر من المذهب على ما حكاه الرافعي
وغيره والاصح على ما حكاه الغزالي في الشرط الخامس من شرايط المبيع
وان اراد عند فقد النية فهو موافق للمذهب ويكون توجيه القول القايل
بالصحة في لفظ التمليك على هذا اقامة ذكر العوض مقام النية وله
التفات على ان الخلع اذا جعلناه صريحا في الطلاق فهل ماخذ الصراحة
فيه ذكر العوض او كثرة استعماله لا ارادة الفراق وفيه خلاف في موضعه
فان قلنا ماخذ الصراحة فيه ذكر العوض فيكون لفظ التمليك صريحا
ايضا لوجوده وقضيته كلام الشيخ وابن الصباغ حيث قرناه بلفظ
البيع وهو ما صرح به المتولي ويتجه جريانه في قوله خذه بكذا او جعلته
لك بكذا ويكون صورة الكناية التي اجرى فيها الخلاف ما اذا قال خذه.

والثاني

ولم يذكر عوضا لكن نواه وكذلك الصورة هاهنا وفيما اذا قال
ملكتك ونوى العوض وان قلنا ماخذ الصراحة ثم كثرة الاستعمال
والتكرر لم توجد هاهنا وكذلك فلا ينعقد به البيع قال ويقول
ويقول المشتري اي البيع او ابتعت وما اشبهه مثل ان يقول
تملكت واشتريت واخذته وغير ذلك مما هو في معناه وهذا هو القبول
وضابطه كل لفظ يدل على التمليك وفي النهاية ان القبول على الحقيقة
ما لا يتاتى الابتدا به مثل قوله ابتعت وما بعد هذا لغاية مقام القبول
ولو قال قبلت ولم يقل البيع صح على الاصح وفيه وجه حكاه الرافعي في كتاب
النكاح انه لا يصح كما في النكاح على قول لا فرق فيما ذكرناه بين ان
يقول البايع بعت فيقول المشتري اشتريت او يقول المشتري اشتريت او
ابتعت ثم يقول البايع بعت ولا بين ان يقول البايع بعت فيتفق اللفظ كما ذكرنا
او يختلف مثل ان يقول بعتك فيقول تملكت لان المعنى واحد نعم يشترط توافق
الايجاب مع القبول في القدر والنقد والحلول والاجل وفيما اذا قال
بعتك بالف فقال اشتريت بالف وخمسمائة او قال اشتريت منك بالف فقال
بعتك بخمسمائة وجه انه يصح في الاول الرافعي وفي الثاني الغزالي في الخلع
ويشترط ايضا ان لا يطول الفصل بين الايجاب والقبول وان لا يتخللهما
كلام اجنبي عن العقد فان طال او تخلل لم ينعقد كذا حكاه الرافعي هنا
وحكي في كتاب النكاح عن ابي سعد الهروي انه نقل عن العراقيين من اصحابنا
الاكتفا بوقوع القبول في مجلس الايجاب وقالوا حكم بناية المجلس
حكم بدايته وحكى في باب الاستثنا من كتاب الطلاق ان الكلام اليسير
لا يقطع الاتصال بين الايجاب والقبول على الاصح قلت ويتجه جريان
مثل ذلك هاهنا ويشترط ايضا ان يكون الجواب ممن صدر معه الخطاب
فلو مات المشتري بعد الخطاب ووارثه حاضر فقبل فالاصح انه

لا ينعقد. تنبيه قول الشيخ في صدر الفصل وهو ان يقول بعتك
الى آخره فيه دلالة لما هو على ان البيع لا ينعقد بالكناية مع النية لا
في طرف الايجاب ولا في طرف القبول لانها ليست بقول وكذا
لا ينعقد فيما اذا قال بعت من فلان وارسل اليه رسولا فاخبره بذلك
وقبل لا ينعقد لان الخطاب الاول لغيره بقوله بعتك وهو ما جزم به
القاضي الحسين في كتاب الطلاق وفي كل من الصورتين خلاف بين
الاصحاب لكن الخلاف في الكناية مبني على ان الطلاق هل يقع بها ام لا
فان لم نوقع الطلاق فالبيع اولى وان اوقعناه ففي البيع وجهان واصحهما
في تعليق القاضي الحسين في كتاب الطلاق عدم الانعقاد وفي النهاية
في كتاب الوكالة ان الصحيح اقامة الكناية في حال الغيبة مقام النطق
في الحضور وسيأتي في كتاب الطلاق حكاية وجه ان نفس الكتابة
لصريح الطلاق صريح في الطلاق ويتجه جريان مثله ها هنا اذا قلنا انه
ينعقد بالكناية مع النية اذا عرفت ذلك فهمت من كلام الشيخ انه لا يرى
انعقاد البيع بالكناية لان الكناية كتابة وقد بينا انها تخرج وان الظاهر
خلافه. فائدة فان قال المشتري بعني فقال بعتك انعقد البيع اي
من غير احتياج الى ان يقول بعد ذلك ابتعت لان المقصود وجود لفظ دال على
الرضا الموجب للعقد وقد حصل فيصح به كالنكاح وفي الوسيط حكاية
قول على ما حكاه في النكاح ووجه على ما حكاه في البيع انه لا ينعقد وقال
في الوجيز انه الاصح لان قوله بعني قد يذكر لاستبانة الرغبة ويتوقع
قوله ابتعني ويخالف النكاح فانه لا تجري معافصة في الغالب فتكون
الرغبة معلومة من قبل فيتعين قوله زوجني استدعاء جزما والاول هو
الراجح عند الجمهور والمجزوم به في مجموع المحاملي والشامل وقال في
البسيط انه اقيس وعليه ينبني ما لو قال بعني فقال قد بعت ذلك لم

من كلام الشيخ

فانه يصح ذلك على ما حكاه الرافعي في كتاب النكاح ولو قال اشترِ مني
قال في التهذيب انه كما لو قال بعني وفي الحاوي انه لا ينعقد به والفرق
ان المشتري انما اراد منه القبول مجيبا لقوله بعد قول البائع بعتك
اشتريت او الطلب مبتدئا بقوله ابتداء اشتريت منك والقصد بعني موضوع
للطلب فقد وجد ما هو المطلوب من جهته والمطلوب من جهة البائع
البذل مبتدئا بقوله بعتك او الايجاب مجيبا لقوله بعتك قول المشتري
اشتريت بعتك وقوله اشتر مني لم يوضع للبذل ولا للايجاب فلم يحصل
من جهته المطلوب منه ويبنى على ذلك ما لو باع عبدا او عقد البيع
بلفظ الامر بان قال احدهما بعني عبدك بعبدي فقال بعتك صح البيع
وان قال اشتر مني عبدي هذا بعبدك هذا لم يصح. فروع لو قال البائع
بعتك بالف اقبلت فقال نعم انعقد البيع حكاه الرافعي في كتاب
النكاح وفي النهاية في كتاب الاقرار ان قول المشتري نعم لا يكون قبولا
ولو قال بعتك بالف ان شئت فقال شئت لم ينعقد وفي التتمة عند الكلام
في نية الوضوء والتبرد انه يصح ولو قال اشتريت فوجهان اظهرهما
وهو اختيار القاضي انه ينعقد ولو قال الطالب اشتر مني هذا
بالف ان شئت فقال بعته منك قال الامام في كتاب الاقرار الذي
يجب القطع به انه لا ينعقد وان الموجب علق الايجاب بالمشيئة
بعد سبق التعليق والتعليق يقتضي وجود شيء بعد قبل وقال القابل
من اخرى اشتريت او قبلت والذي قاله يقتضيه عندي ان
البيع لا يصح على قياس القاضي ايضا فانه يبعد حمل المشيئة على
استدعاء القبول وقد سبق ويتعين حمله على المشيئة نفسها واذا
حمل على ذلك كان تعليقا محققا والتعليق يبطل البيع ولو قال المتوسط
للبائع المتاع بعت بكذا فقال نعم او بعت وقال للمشتري اشتريت بكذا
فقال نعم او اشتريت فهل ينعقد البيع فيه وجهان المذكور منهما في
حاشية بخطه في كتاب الهبة لو قال وهبت لك عبدي هذا ان شئت فقال قد شئت
قال المكور دي لم يكن ايجاب الماتون هم له ان شاء ها ولو قال الموهوب له قد قبلته
ثم شئته لا يقف
الباذل له والواشتر الموهوب له فقال هبني عبدك ان شئت فقال قد شئت

التتمة وفي النهاية في كتاب الاقرار وفي الوسيط في كتاب
الطلاق عدم الانعقاد وقال الرافعي ان اظهرهما على ما دل عليه
ايراد صاحب التهذيب والروياني الانعقاد وهو ما جزم به الماوردي
ولو فسخ البيع ثم قال البائع للمشتري اقررتك على ما مضى فقال قبلت
فهل يصح فيه وجهان ذكرهما الغزالي في اواخر كتاب القراض ❊ قال
واذا انعقد البيع ثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا او
يتخايرا ش روى مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا او
يقول احدهما لصاحبه اختر والمراد بالمتبايعين هنا من صدر
منهما البيع لا المتساومين لانه قد جاء في بعض طرقه من اشترى
شيئا وجب له الخيار الى ان يفارقه صاحبه والمراد بالتفرق
ان يتفرقا بابدانهما عن مجلسهما الذي تبايعا فيه لا في الاقوال
على المذهب لانه جاء في بعض طرق الحديث ايضا ما لم يتفرقا عن
مكانهما الذي تبايعا فيه وروي ان ابن عمر كان اذا باع بيعا مشى
اذرعا وهو راوي الحديث واعرف بتفسيره وقد قال ابن سلمة
وهو من اهل اللغة العرب تقول افترقا بالاقوال وتفرقا
بالاجسام وفي زوائد العمراني حكاية وجه عن القروع ان الخيار
ينقطع اذا شرعا في امر اخر واعرضا عن امر العقد وطال الفصل
والمذهب الاول لما ذكرناه ثم الرجوع فيما يحصل به التفرق الى
العرف فان الشرع علق عليه حكما ولم يبينه ولا له لفظ
يحصره من جهة اللغة فرجع فيه الى العرف كالحرز في السرقة ثم
ذلك يختلف باختلاف الاماكن فان كانا في دار صغيرة او سفينة
صغيرة فالتفرق ان يخرج احدهما وان كانا في بيت من الباب فخرج

احدهما

احدهما او مشى خطوتين منه حصل التفرق ايضا على الظاهر
عند الامام وان كانا في دار كبيرة فيصعد السطح او يدخل من
صحنها الى صفة اخرى او يخرج الى دهليزها وفي السفينة الكبيرة
يصعد احدهما الى اعلاها ويبقى الاخر في اسفلها وان كانا في صحراء
فالمعتبر ان يصير الى مكان لو اراد التخاطب لافتقر الى رفع الصوت
ونقل ابن يونس على العبادي وضبط الشيخ في المهذب التفرق من غير تعرض
الى ما ذكرناه من الاحوال بان يتفرقا الى موضع لو كلم احدهما صاحبه
على العادة لم يسمع كلامه وحكى ابن الصباغ هذا الضابط عن الاصطخري
وفي الجيلي انه قيل ان ضابطه ان يبعد احدهما عن الاخر عشرة اذرع
وفي تعليق القاضي الحسين انه اذا مشى احدهما ولم يتبعه الاخر وكان
بينهما اكثر ما بين الصفين ثم هو مفرع ايضا على انهما اذا
اصطحبا الى مجلس اخر ان الخيار لا ينقطع وهو الصحيح اما اذا قلنا
انه ينقطع على ما حكاه العمراني في زوائده فلا فرق بين ان يكون بينهما
قدر ما بين الصفين او اكثر ولا يحصل التفرق بارخاء ستر بينهما
وهل يحصل ببناء جدار اطلق بعضهم فيه وجهين واصحهما عدم الحصول
وهو المذكور في الحاوي وفصل بعضهم فقال ان كان بجعل احدهما من غير
اذن الثاني فوجهان كما لو هرب وان كان باجماعهما فوجهان كما لو حمل احدهما
وسياق كلامه يقتضي انه اذا كان باذنهما انه يحصل لما ذكرنا ان
التفرق يحصل به فذاك اذا كان في حال العقل والاختيار وسوا
فيه حالة الذكر والنسيان اما اذا فارق احدهما المجلس في حال
جنونه فهل يحصل به التفرق ينبني على ان الجنون هل يقطع الخيار ام
لا والمذهب انه لا ينقطع وادعى الامام فيه الاتفاق فيقوم وليه
فيه مقامه ويفعل ما فيه المصلحة وفيه وجه مخرج من الموت
انه ينقطع فان فرعنا عليه لم يحتج الى التوقف وان فرعنا على المذهب

التوقف

قال الامام وفيه احتمال بلا خلاف اخراج احد المتعاقدين عن
مجلس العقد ولخروج ان يقال لا يحصل لان التصرف انقلب الى الولي
ولعارضه انه لو كان كذلك لكان الجنون كالموت ولو اكره احدهما على
الخروج ومنع الاختيار بان سد فاه فهل ينقطع خياره فيه وجهان
اصحهما انه لا ينقطع وهو المذكور في الشامل وادعى المحاملي فيه نفي
الخلاف وان لم يسد فاه بل اكره على الخروج فقط ففيه طريقان
احدهما القطع بانقطاع خياره والثاني طرد الوجهين وهذا ما
يوجد في طريق العراق والمذهب منهما على ما حكاه المحاملي والبندنيجي
بقاؤه ان قلنا يبطل خيار المكره فيبطل خيار الباقي وان قلنا لا
يبطل خيار المكره فله التصرف بالفسخ والاجازة واذا وجد التمكن
فهل يكون على الفور فيه خلاف فان قلنا بعدم الفورية وكان مستقرا
في المجلس امتد الخيار امتداد المجلس وان كان ماشيا انتهى الخيار
بمفارقته مكان التمكن وهل يبطل خيار الباقي ينظر فان ضبط حتى لا
يساوق المخرج فلا يبطل خياره اذا حصل الاكراه في حقه كما يحصل في
حق المكره وان كان يمكنه ان يساوقه فلم يفعل فهل يمنعه ثبات اجازته
للعقد مع دوام المجلس وفيه خلاف يأتي ولا فرق عند الغزالي بين
ان يحمل مكرها ويخرج وبين ان يكره حتى يخرج بنفسه لان هذا الحكم
منوط بصورة المفارقة وجزم في التهذيب بانهما اذا اجلا او احدهما
والاخر لا يمكنه ان يتبعه لا يبطل خيارهما او ان ارادها حتى تفرقا بانفسهما
فهل يبطل خيارهما فيه الخلاف المذكور من قبل ولو هرب احدهما ولم
يتبعه الاخر لزم العقد عند ابن الصباغ وقال الرافعي ان هذا فيما اذا
امكنه ان يتبعه اما اذا لم يتمكن من المتابعة ففي التهذيب انه
يبطل خيار الهارب دون الاخر وعلى الاول هل يبقى الهارب نقل
ابن التلمساني ان بعض اصحابنا قال لعصيانه لا بطالة على صاحبه

متابعة الهارب

حتى لازما

٩

حتى لازما ولا فرق في دوام الخيار بقا المجلس بين ان يزيد
مدة المقام على ثلاثة ايام او لا يزيد وفي الوسيط حكاية وجه
انه
لطيف ينقضي بثلاثة ايام فروع احدها لو تبايعا في موضع
لو انتهى اليه احدهما بطل الخيار هل يثبت فيه الخيار قال الامام
يحتمل ان لا خيار لان التفرق الطاري قاطع للخيار فالمقارن يمنع
ثبوته ويحتمل ان يقال يثبت ما داما في موضعهما وهذا ما اورده
المتولي قال فاذا انتقل احدهما عن موضعه بطل خياره وهل يبطل خيار
الاخر او يدوم الى ان يفارق مكانه فيه احتمالان الثاني اذا مات
احد المتعاقدين قبل التفرق فالنص انه ينتقل الى وارثه والنص فيما
اذا مات المكاتب ان العقد يجب فمن الاصحاب من خرجهما على قولين
واصحهما انه يثبت للوارث والسيد وبعضهم قطع بهذا القول وبعضهم
اقر النصين وفرق بان الوارث خليفة الموروث ويقوم مقامه والسيد
ليس خليفة المكاتب وانما يأخذ ما يأخذه بحق الملك وحكم العبد المأذون
ن
اذا باع او اشترى ثم مات حكم المكاتب ثم حيث قلنا ان الخيار لا يثبت
للوارث فلا يثبت للسيد ايضا على ما حكاه الامام وفي التهذيب انه لا يسقط
حتى يفارق ذلك المجلس وحيث اثبتناه للوارث وان كان حاضرا في المجلس
امتد الخيار حتى يتفرق هو والعاقد الاخر او يتخايرا وهذا اذا كانوا
جماعة ولا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم على الاصح وهو ما حكاه
ابن الصباغ خلافا لما اذا انفسخ احدهم فانه ينفسخ العقد في حق الكل
على الاصح كما لو فسخ الموروث العقد في بعض المبيع واجاز في بعض
ولو اختار بعضهم فسخ البيع في نصيبه وبعضهم في نصيبه قال المحاملي
الاجازة
لم يكن لهم ذلك وجها واحدا وفي الحاوي حكاية وجه انه يجوز لكل واحد
منهم ان ينفرد برد حصته دون شركائه لانه لا يرد جميع ما استحقه

بالعقد مضا روا في حكم المشتري صفقه واحده وان كان غايبا
ثبت له الخيار اذا وصل الخبر اليه على الاصح وفي الشامل انه حكي عن
بعض اصحابنا انه قال يثبت له الخيار اذا نظر الى السلعه ليعرف
الحظ في الفسخ والاجازه وفي التتمه حكايه وجه اخر انه انما يثبت اذا
اجتمع مع العاقد في مجلس واحد ثم هو على الفور او يتقيد بمفارقته
موضعه او يحتاج ان يصير الى موضع يتعذر عليه سماع المخاطبه على
الاعتياد فيه خلاف ولو كان الوارث اكثر من واحد وقال في التتمه ان قلنا
في حق الواحد يثبت له الخيار في مجلس مشاهده المبيع فاذا اجتمعوا في
مجلس يثبت لهم الخيار وان قلنا خياره اذا حضر مع العاقد في مجلس
فهاهنا خيارهم اذا اجتمعوا معه في مجلس واما الحي فيدوم خياره الى
ان ينقطع خيار الوارث وقيل لا يتصرف قبل بلوغ الخبر الى الوارث وقيل
يتاخر خياره الى ان يجتمع مع الوارث في مجلس حكاه المتولي مع وجه اخر
انه يدوم ما دام في مجلسه فاذا قام بطل وفي شرح التلخيص حكايه وجه
اخر انه يكون على الفور فان فسخ انفسخ والا لزم. **الثالث** الوكيل في البيع
اذا عقد بحضره الموكل فالخيار يتعلق بالوكيل وينتهي بمفارقته قال الامام
وجب القطع بانه لا ينفذ فسخ الموكل واجازته فانه لا يتعلق له بالمجلس وكذلك
قاله في الوسيط وزاد عليه ان الموكل اذا كان في المجلس وحجر على الوكيل في
الخيار فان قلنا عليه الامتثال رجع حقيقه الخيار للموكل وان قلنا
لا امتثال فانه من لوازم السبب السابق كان بعيدا ايضا وفيه تامل للناظر
وفي هذه العباره قلق لانها توهم ترددا في امتثال الوكيل امر الموكل
وليس كذلك المراد استشكل ما قاله الاصحاب من ثبوت الخيار
للوكيل دون الموكل لانه لو حجر على وكيله في الفسخ والاجازه فاما
ان يجب على الوكيل الامتثال او لا فان اوجبناه رجع الخيار الى
الوكيل

الوكيل في الخيار

الموكل حتى اذا امره بالفسخ فسخ واذا امره بالاجازه اجاز
وان لم نوجبه كان بعيدا عن حقايق الوكالات فانها مبنيه على
وجوب الامتثال ومتابعه الموكلين فيما يرونه من زياده او نقصان
فكيف يخالف امره هاهنا ولا يتابعه على ما يعتقده مصلحه
والمصير الى هذا فيه نظر فليتامل ولاجل ذلك حكى بعض الاصحاب
ان المعتبر مجلس الموكل على ما حكاه الرافعي فان فرعنا على المذهب
فمات الوكيل قبل التفرق هل ينتقل الخيار الى الموكل المذهب انه
ينتقل وفيه وجه انه لا يقوم مقامه لان المجلس تعلق بالوكيل
وليس الموكل وارثا له كذا قاله ابن الصباغ. **فصل** وهو ان يقولا
اخترنا امضا البيع او فسخه هذا تفسير التخاير وهو يتفاعل من
الخير واعتباره في طرف الامضا صحيح اولا واعني باعتبار احدهما
للامضا في لزوم العقد لعجز الغاين عن المبادره الى الامضاء
وكذلك يسقط عنه الخيار وفيه وجه حكاه المتولي واشار اليه الامام
عند الكلام في الاكراه على التفرق انه يكفي بقول احدهما اخترت حتى
يسقط خيار الاخر لان المخير يقطع خياره بقوله اخترت امضا
العقد وخيار المجلس لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط
وهذا التعليل يلزم ان يعكس فيقال لا يسقط خيار الساكت لانه
لم يوجد منه ما يدل على الرضا فوجب ان يبقى خيار المتكلم ايضا لان
خيار المجلس لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط وقد
حكاه الامام وجها ايضا فتحصل من مجموع النقلين ثلاثه اوجه
ثالثها يسقط خيار المتكلم دون الساكت وهو الاصح ويقوم مقام
قولهما اخترنا امضا البيع قولهما اجزنا العقد او الزمناه او
تخايرنا واشارتهما الى ذلك اذا كانا اخرسين والاشاره مفهمه
وهكذا لو قالا اقطعنا الخيار او رفعناه ولو قالا ابطلنا الخيار

او افسخ ياه فسه وجهان عن رواية الشيخ ابي محمد ولو قال احدهما
لصاحبه اختر فقال اخترت فاما مقام قوله اخترت امضا
للعقد اما اذا سكت ولا يسقط خياره ويسقط خيار القايل على
الاصح في المهذب وغيره وظاهر المذهب في الشامل واما اعتباره
في طرق الفسخ فهو صحيح ان اجرى اللفظ على ظاهره لاتفاق الاصحاب
على ان الفسخ ينفذ اذا صدر من احدهما ولو اعتبر فيه توافقهما لم
يتحرر الغاير عن عدم الموافقة حتى يلزم العقد ويبطل فايدة الخيار وما
نقل عن الشيخ يقتضي اعتباره لانه معطوف على قوله اخترنا امضا البيع
او فسخه واجاب عن ذلك الحموي بان مراد الشيخ بقوله او فسخه بطريق
البدل اما بان يفسخ البايع او المشتري بطريق الصلاحية لكل واحد منهما
ولم يرد بطريق الاستقلال ولهذا لو زاد مع قوله اخترنا فسخه بطريق
البدل لكان جايز الاستعمال بطريق المجاز وما قاله صدر كلام الشيخ
يأباه وهو قوله او يتخايرا وقد ذكرنا ان التخاير تفاعل لا بد فيه من اثنين
والاقرب ان الشيخ لم يرد بقوله اخترنا امضا البيع او فسخه ان يقع منهما
هذا القول على هذا النسق لاتفاق الاصحاب على ان ذلك ليس بشرط بل
المراد ان يقول احدهما لصاحبه اختر امضا العقد او فسخه فيقول
الاخر اخترت امضا العقد او فسخه كما ذكره في المهذب ويكون الاول
مفوضا للاخر الامضا والفسخ كانوا بلا عند نطق الاخر بالامضا
امضيت وعند نطقه بالفسخ فسخت امضاه عما يقوله في الفعل صادر من
احدهما بالتصريح ومن الاخر في ضمن تخييره لصاحبه وهذا كله تاويل
لما يوجد في كلام الشيخ والمراد في توجيه هذا الكتاب من الخلل ذكر لفظ
الفسخ مع محافظته على الاتيان بالفاظه وذلك يدل على انه لم
يصح عنه انما من الفاظ الكتاب فيكون زيادة من الناسخ والله اعلم
فلا حاجة لاهل التعسف وما توهمه من توهم كما ذكرته غير صحيح
[illegible] الخيار مع بقاء ما اوجبه وهو العقد ... المراد بالتخاير مثل
... ان الشي اذا ارتفع اصله الذي شرط وجوده بقاوه ...

ثلثيه كلام الشيخ يقتضي ثبوت خيار المجلس في كل بيع صدر بين
متعاقدين سوا كان المبيع ممن يعتق على المشتري لقرابته او لشرائه
نفسه او لشهادته بعتقه ولم يسمع شهادته لمانع اذا اخلناه
مبيعا او لا يعتق عليه وسوا كان المبيع حاضرا او غايبا وصححنا
بيعه كان ما شرط فيه الخيار او لا وبه قال الجمهور في مثل الحر ويقتضي
عدم الثبوت فيما اذا كان العاقد واحدا وفي كل من ذلك خلاف في
الطرق لا غنا عن ذكره فنقول اذا اشترى قريبه الذي يعتق عليه
صح شراه بالاتفاق وهل يثبت فيه الخيار الذي ذهب اليه الاكثرون
انه يثبت للبايع دون ثبوته للمشتري خلاف مبني على اقوال الملك فان قلنا
ان الملك للبايع او موقوف يثبت له ايضا وان قلنا انه للمشتري لم
يثبت له على الصحيح وفي الحاوي حكاية وجه انه يثبت ايضا وقال
صاحب التهذيب يحتمل ان يثبت له اذا قلنا انه لا يعتق الا بانقضا
الخيار وهو ظاهر المذهب لم يحكم بالعتق الحكم فيه كالحكم فيما اذا
اعتق المشتري العبد المشترى في زمن الخيار وسنذكره كما قاله ابن
الصباغ والذي حكاه الامام والفوراني ومتابعهما الغزالي انه لا يثبت
للمشتري على المذهب المشهور وان الاولى في ثبوته وزاد الامام
في الحكاية عنه ان المشتري لو فسخ في المجلس انفسخ ولو اعتقه او
الزم العقد كان كما لو اشترى عبدا لا يعتق عليه ويتشكل مع ذلك بعموم
قوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار وبقوله لن يجزي والد ولده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وقال هذا ظاهر في اثبات
انشا العتق بعد العقد واما اذا قلنا بانه لا خيار للمشتري فلا خيار
للبايع ايضا وحكى في ذلك الاوار ان العراقيين ذكروا وجها بعيدا
انه يثبت له دون المشتري وما حكاه عن الاول في العتق

لم تحصل الا باسبابه اياه وان قلنا ان الملك له وفي تعليق القاضي
الحسين ان الاودني استدل بالحديث على ان الملك في زمن الخيار للبائع
اذا كان الخيار للمشتري وحده وانه اذا اعتقه يصح لانا لو قلنا
الملك للمشتري لم يصح عتقه لانه يعتق عليه بنفس الملك دون ومساق
هذا يقتضي ان الخيار اذا انقضى حصل العتق عند الاودني من غير
انشاء اعتاق والله اعلم واذا اشترى العبد نفسه يصح الشراء
على الاصح وهل يثبت فيه الخيار قال القاضي الحسين في التعليق حكمه حكم
المسلم فيه وجه انه لا يثبت كما لو اعتقه على مال وهذا ما حكاه في
الابانة والامام في باب الولاء واذا اشهد بعتق عبد ثم اشتراه صح
العقد والظاهر لكن هل هو عقد بيع او افتداء او بيع من جانب البائع
وفداء من جانب المشتري فيه ثلاثة اوجه اصحها الثالث واضعفها
ثانيها فان جعلناه بيعا من الجانبين ثبت للبائع والمشتري الخيار وان
جعلناه بيعا من جانب البائع ثبت له دون المشتري وان جعلناه
فداء من الجانبين فلا خيار لواحد منهما هكذا حكاه الرافعي وحكى
الامام عن القاضي الجزم بان الخيار لا يثبت للمشتري وان اثبتناه في
شرا القريب لان العقد على القريب يتضمن ملكا لم يترتب عليه حصول الملك
العتق وليس كذلك ما نحن فيه فانا لا نقضي بحصول الملك للمشتري
اصلا واذا لم يثبت الخيار للمشتري فهل يثبت للبائع فيه وجهان واذا
اشترى ما لم يره وصححناه فهل يثبت فيه الخيار فيه وجهان فان
قلنا يثبت ففي وقته اربعة اوجه احدها وقت الرؤية وهو [illegible]
والثاني وقت العقد وهو اصحها والثالث يثبت وقت العقد للبائع قال
الامام وهو امثل من الاول والرابع يثبت للبائع وحده وقيل لكونه
واذا اشترى الجمد في شدة الحر ففي ثبوت الخيار وجهان يعرفان من

الوجهين

من الوجهين في ثبوته في اجارة العين واذا اشترى من ولده
الصغير لنفسه شيئا او بالعكس صح وهل يثبت فيه الخيار فيه وجهان
المنقول منهما في الشامل والتهذيب الثبوت ثم اذا انقطع فيه
وجهان اصحهما في التهذيب ولم يذكر في الشامل سواه انه ينقطع بمفارقة
مجلس العقد ونسبه الماوردي الى ابي اسحق والثاني لا ينقطع الا
بالفسخ او الاجازة قال الماوردي وهو الذي عليه جمهور اصحابنا
ويجري فيه الوجه الذي حكيناه من قبل ان ثبوته ثلاثة ايام
فرع اذا ادعى المتعاقدان معا فقال احدهما تفرقنا بعد البيع فلزم
وانكر الثاني واراد الفسخ فالقول قوله مع يمينه ولو اتفقا على التفرق
وقال احدهما فسخت قبله وانكر الاخر فالقول قول المنكر مع يمينه وعن
صاحب التقريب ان القول قول من يدعي الفسخ وهما مذكوران في تعليق القاضي
ابي الطيب في باب التحالف عن رواية ابي علي في الافصاح والذي صححه الماوردي
منهما في باب الربا الثاني ولو توافقا على عدم التفرق وتنازعا اهل
عن التهذيب ان دعوى مدعي الفسخ فسخ قال وان تبايعا على ان
لا خيار لهما يعني خيار المجلس لم يصح العقد لانه خيار ثابت بالشرع
فاذا اشترطا نفيه فقد شرطا ما ينافي مقتضى العقد فابطله كشرط
عدم التسليم وهذا هو الاصح في التهذيب والرافعي وبه جزم بعضهم
قال وقيل يصح ولا خيار لهما لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار واستثنى بيع الخيار وهو استثناء
من اثبات فيكون نفيا ويكون التقدير الا بيعا شرط فيه نفي الخيار
ولان فيه نوع غرر لانه يمنع مقصود العقد والشرع اثبته رفقا
بالمتبايعين فاذا اسقطاه سقط لان الحق لهما ولا يبعد وجها وهذا ما
المتعاقدان

وردي

نص عليه البويطي في القديم ومن قال بالاول اول الحديث على ان قال
الشافعي انه الظهر التاويلين وهو انه اراد بيعًا قطع فيه الخيار
وقد فسره في الحديث الاخر وهو قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر
واجاب عن قولهم انه غرر بانه مقتضى العقد فثبت كيف كان

قال وهل يصح لما قلناه وثبت لها الخيار لانه خيار ثابت بالشرع
بعد تمام البيع فلا يجوز اسقاطه قبل تمام البيع كخيار الشفيع واحترزنا
بقولنا بعد تمام البيع من خيارهما بعد الايجاب وقبل القبول والقائل
بسقوط الخيار يمكنه الفرق بين الشفعة بان الشرط انما يؤثر على الاصح
اذا اقترن بالعقد واذا اقترن بالعقد فقد وجد بعد سبب الوجوب
فاقمناه مقام الوجوب في مسئلة الشفعة وجاز اسقاط الحق قبل ثبوته
وبعد ثبوته فلم يوجد ما يمكن ان يسند المنع اليه ونظير هذه المسئلة
ما اذا وقع البيع بشرط البراءة من العيوب او بشرط نفي خيار الرؤية
اذا صححنا بيع ما لم ير لكن القول بالفساد في نفي خيار الرؤية قطع به
الاكثرون

فرع لو قال العبد ان بعتني فانت حر فباعه بشرط الخيار
بينهما فهل يعتق بناه الاصحاب على الاقوال المتقدمة فان قلنا البيع
باطل لم يعتق وكذا ان قلنا انه يصح ولا خيار وان قلنا بثبوت الخيار
عتق لانه لو نجز عتقه في خيار المجلس نفذ فكذلك اذا وجدت الصفة
فيه

قلت وفي حصول العتق اذا قلنا بان الملك للمشتري نظر للباحث
حيث حكمنا بنفوذ عتقه المنجز في زمن الخيار وقدرناه بالعتق فاسخًا
للعقد قبله وان العتق وقع في ملكه ضرورة توقف صحته على وقوعه
في الملك وفي مسئلة التعليق لم يصدر منه بعد العقد ما يقتضي الفسخ
ولا ما يتضمنه والتعليق لا يصلح متضمنًا للفسخ لكونه صدر قبل

البيع

البيع والفسخ لا يكون بقبيل التعليق

قال وان تبايعا بشرط الخيار الى ثلاثة ايام فما دونها جاز الاصل في صحة شرط الخيار
للمتعاقدين الاجماع وفي جوازه ثلاثة ايام ما روى مسلم وابو داود
عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي قد بلغ مائة وثلاثين سنة وما
زال يخادع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من بايعته فقل لا خلابة
وانت بالخيار ثلاثًا وزاد البخاري بعد قوله فقل لا خلابة وانت في
كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال وحكى الامام ان سبب ضعفه ما
اصابه من شجة في راسه مأمومة وكان قد ثقل لسانه لاجل الشجة
فكان يقول لا خيابه وما روي عن عمر انه قال ما اجد لكم اوسع مما
جعل النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ جعل له عهدة ثلاثة ايام ان
رضي اخذ وان سخط ترك وغير ذلك من الاحاديث المذكورة في كتب
الفقها واذا ثبت جواز شرط الثلاث فما دونها اولى لان فيه تخفيفًا
للغرر واما الزيادة على الثلاث فلا يجوز اشتراطها لان ما حُدّ في الشرع
بحد فلا بد ان يفيد المنع من الزيادة او النقصان ولما لم يفد هذا الحد
المنع من النقصان وجب ان يمنع الزيادة ولان الخيار غرر جوز شرطه
ثلاثة ايام لانها مدة قريبة والحاجة تدعو اليها في الغالب بخلاف ما
فوقها ولان الخيار مخالف لوضع البيع في منع نقل الملك او لزومه فتنويه
جانب عن الوضع فتعين التوقيف فيه وقد ورد الخبر في اثبات الثلاث
فلا مزيد عليها ولو شرط زيادة عليها بطل العقد ويقوم مقام قولنا
شرطنا خيار الثلاث قولهما لا خلابة اذا كانا عالمين بمعناها وهو
اشتراط الخيار ثلاثة ايام وان كانا جاهلين لم يثبت الخيار وان علم
البايع دون المشتري فوجهان عن ابن القطان قال العجلي ويتخرج الوجهان
ايضا اذا كان المشتري عالمًا والبايع جاهلًا وفيما اذا كانا جاهلين وعلم
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

ذلك جرى ابن التلمساني فقال ان كانا عالمين ثبت وان كانا جاهلين
او احدهما فوجهان وهذا منه فيه نظر لانه فسر قوله لا خلابة بمعنى
لا خديعة واذا كان هذا معناه لم يلزم من قوله لا خلابة اشتراط
الثلاث وان كانا عالمين بمعناها اذ لا يلزم من عدم الغبن والخديعة
اشتراط الثلاث واعلم انه يصح اشتراط ما دون الثلاث بشرطين
احدهما ان يقيد بمدة معلومة فلو لم يقيد به بل قال يكون لنا الخيار
وقتا من النهار او الليل او يسمى الى ثلاثة ايام لم يصح والعلم تارة
يحصل بان يقال الى طلوع الشمس او الى وقت طلوعها من الغد او الى
غروب الشمس او الى وقت غروبها من الغد وخالف الروياني فقال
التقييد بطلوع الشمس لا يصح وتارة بان يقال الى يوم او ساعة
فيصح وان اطلق لانه يحمل على اليوم الذي هو فيه كما لو حلف لا يكلمه
شهرا ثم ينظر ان كان العقد نصف النهار ثبت له الخيار الى ان ينتصف
النهار من الغد والليل يدخل في حكم النهار للضرورة وان كان العقد
بالليل فلابد ان يشترط الخيار في بقية الليل كذا قاله في التتمة وفيه
نظر من حيث انه جعل اليوم محمولا على اليوم الذي هو فيه وفي بعض
من الاجارة انه يصح ولم يظهر لي فرق **الشرط الثاني** ان يكون متواليا فلو
قال على ان يكون لنا الخيار اليوم وبعد غد ويكون العقد لازما في الغد
لم يصح وكذا لو شرط الخيار في الغد دون اليوم لان العقد بعد لزومه
لا ينقلب جايزا بالشرط ولهذا لو شرط الخيار ثلاثة ايام ثم
اسقط الخيار في اليوم الاول سقط الكل ولصحة شرط خيار الثلاث
شرط ثالث عن اتصالها بالعقد او لزومه وهو ان يكون المبيع
مما لا يفسد فيها فلو كان مما يفسد فهل يصح ويباع عند الاشراف
على الفساد او يبطل العقد فيه وجهان محكيان في البيان عن

لعله الثلاث

العقد

العقد

الفقيه زيد بن عبد الله **قلت** ويتجه ان يكونا مفرعين على
القول بان خيار المجلس يثبت فيه اما اذا قلنا لا يثبت فيه فخيار
الشرط اولى لضعفه بسبب افتقاره للشرط واذا لم يثبت بطل العقد
لانه شرط فاسد انضم اليه **قال** الا في الصرف وبيع الطعام
بالطعام لان الشرع اعتبر في ذلك التقابض ليتمكن من التصرف فيه
وينقطع العلق والخيار يمنع التصرف ويبقي علقه فهو مناقض
لموضوع الشرع ولان ذلك لا يحتمل الاجل لما فيه من الغرر والخيار
احق بان يكون غررا من الاجل لانه يمنع الملك ولزومه فهو اولى بان لا
يحتمل وفي التتمة ان الخيار في الحقيقة تاجيل لنقل الملك او تاجيل لزوم
والمراد بالصرف تبايع الذهب او الفضة بالفضة او احدهما بالاخر
قال النووي وسمي بذلك لصرفه عن مقتضى باقي البيوع وقيل لصريفه وهو
صوته في كفة الميزان وقال الماوردي لان الشرع اوجب على كل واحد مصارفة
صاحبه اي مضايقته **تنبيه** قال ابن يونس واعلم ان هاهنا موضعين
اخرين لا بد من استثنائهما السلم وكل شراء يستعقب العتاقة فانه لا
يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس على المذهب الصحيح ووافقه ابن
التلمساني على ذلك وزاد موضعا ثالثا وهو ما وصفه على ما في الذمة
حيث يجوز الاعتياض عنه وما قاله غير محتاج اليه لان السلم بيع دين
وكذلك الحاوصفه على ما في الذمة وقد بينا في اول الباب ان المراد
بالبيع المبوب عليه بيع الاعيان نعم استثنا القريب لو قلنا ان خيار
المجلس ثابت فيه عند الجمهور كما فصلناه وخيار الشرط عندهم
كذلك كما اشار اليه الرافعي بقوله والقول الجملي في خيار الشرط انه
مع خيار المجلس مثلان في الاغلب فان اردت التفصيل فراجع
ما سبق في خيار المجلس وما قاله مطرد في كل ما يسمى بيعا وقد صرح
القاضي حسين بثبوته جزما في كتاب الوصية عند الكلام فيما اذا اوصى له ببعضه وقلنا

النفاسة من الذهب

اخر اطلاق الشيخ القول بجواز اشتراط خيار الثلاث فما دونها
من غير ان يعين من يثبت له فيه اشعار بجواز اشتراطه لهما او لاحدهما
دون الاخر عن غير تعيين ومنه يستنبط جواز اشتراطه لاحدهما ثلاثة ايام
وللاخر دونها لانه اذا جاز ان ينفرد احدهما به فانفراده ببعضه
اولى ويجوز اشتراطه لغيرهما سواء كان ذلك الغير العاقد المبيع او غيره
جزم به الامام وادعى اتفاق الاصحاب عليه اذ لو لم يكن ذلك لكان
مطلقا للفظ في موضع لا بد فيه من التفصيل ومما يؤيد ذلك ان خيار
المجلس لو كان مختصا بالمتعاقدين والحق ان انفراد احدهما به ابتداء
قال فيه واذا انعقد البيع ثبت لهما الخيار وفي طريقة العراق على ما
حكاه في المهذب والشامل وطريق المراوزة على ما حكاه البغوي
والمتولي حكاية قول فيما اذا شرط لغير المتعاقدين انه يبطل العقد
وعلى المذهب هل يثبت الخيار لمن اشترطه للاجنبي مع الاجنبي فيه قولان
اصحهما انه لا يثبت اقتصارا على الشرط والثاني يثبت لغيبتين احدهما
ان شرط الخيار للاجنبي يشعر باثباته لنفسه من طريق الاولى والثاني
انه يستحيل ثبوت الخيار لغير المتعاقدين الا على سبيل النيابة وعليهما
يخرج ما لو شرط الخيار للاجنبي دونهما فعلى الاول المنصوص وعلى الثاني
يبطل بحث حكمنا بثبوته لهما فلا يتوقف اختيار احدهما الفسخ
والاجازة على امر الاخر ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر كان الفسخ
اولى وحيث حكمنا بثبوته للنائب خاصة واذا مات الوكيل في زمن
الخيار ثبت للموكل على الاصح في التهذيب وهو قريب مما حكيناه في
خيار المجلس فروع اذا اشترى شيئا على ان يوامر فلانا فيأتي
بما يامر به المنقول عن نصه في الاملاء انه يجوز وليس له الرد

حتى يقول

١٥

حتى يقول استامرته فامرني بالفسخ ومن الاصحاب من قال لا ينفسخ
الا باذن وفاء بالشرط ومنهم من قال يجوز بغير اذنه وحمل النص
على مراعاة الصدق وذلك فيما اذا قيد المؤامرة بالثلاث فما دونها
وقيل يحمل على الاطلاق كما في خيار الرؤية الثاني الوكيل بالبيع
او الشراء يجوز ان يشرط الخيار باذن موكله ولمن يثبت عند الاطلاق
فيه ثلاثة اوجه بالنيابة لهما ولا يجوز ان يشرطه بغير اذن موكله
لغيره ويجوز ان يشرطه لموكله على الاصح وفي اشتراطه لنفسه
وجهان ان حيث اثبتناه له لم يفعل الا ما فيه الحظ للموكل لانه مؤتمن
بخلاف الاجنبي المشروط له الخيار فانه لا يلزمه رعاية الحظ قال
الرافعي ولنا نظر ان نجعل شرط الخيار له ائتمانا وهذا اظهر اذا
جعلناه نائبا عن العاقد الثالث اذا باعه على انه ان لم ينقد
الثمن في ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فهذا شرط فاسد وعن ابي اسحق المروزي
انه يصح العقد والمذكور في الصورة الاولى شرط الخيار للمشتري وفي الثانية
شرطه للبائع الرابع اذا شرط الخيار في احد العينين على الابهام
لم يصح وان كانت معينة ففي الصحة قولا تفريق الصفقة في الحكم والاظهر
عند الشيخ ابي حامد في جريان القولين بين ان يكون قد فصل ثمن
كل عين منهما او اطلق وقال صاحب التلخيص ان كان ثمن كل عين مقدرا
صح وقلته تخريجا قال العمراني في الزوائد عن اصحابنا من وافقه ومنهم
من وافق ابا حامد وعلى قول الصحة اذا اجاز البيع في الذي شرط الخيار
فيه اخذهما بالثمن وان لم يجز جاز البيع في الاخر واخذه بقسطه من
الثمن حكاه ابو الطيب في تعليقه الخامس اذا مات احد المتعاقدين
في مدة الخيار اعتبر بقية المدة لوارثه فان كان غائبا ولم يعلم بقية
المدة قبل اطلاعه ففي الحاوي انه يسقط الخيار ويلزم العقد وفي الشامل

وعلى هذا انه لا يسقط ولكن هل يثبت له على الفور او يتقيد بما بقي من
الاجل فيه خلاف ولو ارثه في مدة الخيار وبما يحكي الرافعي في كتاب
الشفعة ان للامام الرد، قال ويعتبر ابتدا المدة اي في خيار
الشرط من حين العقد لانه خيار يثبت بالشرع والشرط وجد في العقد
ولان زمان التفرق مجهول، ووجهه الشيخ وغيره من العراقيين بان مدة
الخيار مدة ملحقة بالعقد فكانت من حين العقد كالاجل واحترزوا
بقولهم ملحقة بالعقد عن الاستبرا، وقال ابتدا مدته من حين القبض
على وجه ومن حين اللزوم على وجه ووجه مشابهة الخيار الاجل
ان كلا منهما مانع من المطالبة وهو مماثل له في هذا المعنى وقد اجتمعا
وقد لا خيار الشرط مع خيار المجلس او لان الخيار في الحقيقة تاجيل
لنقل الملك او للزومه والاجل تاجيل للمطالبة وقد اجتمع احد
المتاجلين مع خيار المجلس فكذلك الاخر وهذا هو الصحيح في الخيار
والاجل وفي طريق المراوزة حكاية وجه في الاجل ان ابتداه من حين
انقطاع خيار المجلس قال الامام ومن قال به فقياسه يقتضي ان
يقول اذا اشترط في البيع خيار ثلاثة ايام واجل الثمن ان يكون ابتدا
الاجل من انقضا خيار الشرط لانه عنده في معناه ولا سبيل الى
الجمع بين المتماثلين هكذا حكاه هاهنا وحكي في اخر باب الشرط
الذي يفسد البيع وجهين في انه يثبت من وقت انقضا خيار المجلس او
من وقت خيار الشرط ثم قال والوجه القطع بان ابتدا الاجل من وقت
انقضا الخيار المشروط على الوجه الذي نفرع عليه فان الاجل احق
بمجانسة خيار المجلس والمجانسة تؤثر في منع الجمع، قال وقيل
من حين التفرق اي التخاير لان الجمع بين خيارين متماثلين في وقت
واحد لاغ لا معنى له وكل شرط لم يتضمن فايدة لغو هكذا حكاه الامام

وعبر عنه الغزالي بان خيارين متماثلين في وقت واحد لا
يعقل والمراد بالمتماثلين انهما خياران تثبتية ولان الشرط ايضا
يبغي الاثبات لنفسه في وقت يقتضي العقد لزومه وهذا ميل
النص اليه اكثر كما قاله الامام في اخر باب الشرط الذي يفسد البيع
وقال الماوردي ايضا انه ظاهر المذهب وللقايل الاول ان يجيب
عن الاولى بان الخيار واحد لكن له جهتان المجلس والشرط وذلك لا
تعدد فيه كما انه يثبت بجهة الخلف والعيب معا وعن الثانية بان تنزيل
الشرط على ما ذكرتموه يورث الجهالة لان وقت انقطاع خيار المجلس
مجهول فان قيل هلا احتمل من اجل ذلك في الخيار وذلك غير ممنوع بدليل
خيار المجلس فان انتهاه غير معلوم قلنا الفرق من وجهين احدهما
ان ما ذكرتموه يودي الى تغيير الجهالة والثاني ان خيار المجلس ثابت
بالشرع فهو اقوى فلا يقاس عليه الاضعف، التهذيب ان قلنا بالقول
الاول وهو ما ذهب اليه ابن الحداد فلو اصطلحا حتى مضت مدة خيار
الشرط وبقي خيار المجلس وان ابطلنا ~~احد الخيارين~~ اسقطا احد الخيارين
لم يسقط الاخر ولو قالا الزمنا العقد او اسقطنا الخيار مطلقا سقطا
ولو شرطنا الاحتساب من وقت التفرق بطل الشرط والعقد وحكى
صاحب التقريب وجها ان الشرط لا يبطل وضعفه الامام وقال لا اصل
له وان قلنا بالقول الثاني وهو طريقه ابي اسحق المروزي على ما هو
محكي في شرح الفروع فلو قالا اسقطنا الخيارين او قطعناهما انقطع
خيار المجلس وهل يسقط خيار الشرط فيه وجهان حكاهما الامام
وفي المهذب تصوير محلهما فيما اذا اوجب احدهما البيع في المجلس ووجه
عدم السقوط انه غير ثابت بعد ولو شرطا الاحتساب من حين
العقد ففيه وجهان اصحهما عند العراقيين الصحة وهما مبنيان عند

الشيخ وصاحب التهذيب على القولين فعلى الاول يصح العقد لان
الجمع غير ممكن ولا سبيل الى اسقاط خيار المجلس لقوته
واذا لم يسقط كان حقيقة الشرط يرجع الى اشتراط ما بقي من
الثلاث من التفرق وذلك مجهول مبطل وعلى الثاني يصح مع
الشرط لان المصرح مبين انه لم يرد بالشرط ما بعد التفرق وقد حكى
ذلك الامام والغزالي والبناء ظاهر على عبارة الغزالي واما على
عبارة الامام ففيه نظر من حيث انه اذا كان الشرط لا يتضمن فالله (?)
وقد الغي فكيف يفسد به العقد اذ العقد انما يفسد بالشرط الفاسد
الذي يتاثر به العقد ويبقى علقه على ما سياتي وقد ابدى الامام ذلك
احتمالا في عدم الابطال في اخر باب الشرط الذي يفسد البيع وقال
الماوردي فيه ايضا يجب ان يكون الخلاف مخرجا من اختلاف الوجهين
في البيع اذا شرط فيه نفي خيار المجلس لانهما اذا شرطا خيار الثلاث
من وقت العقد فقد اسقطا خيار المجلس. **فرع** لو شرطا الخيار
بعد العقد وقبل التفرق وقلنا بثبوته على ما سنذكره ان شاء الله تعالى
في باب المرابحة فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف وعلى الاول يكون
الاحتساب من وقت الشرط لا من وقت العقد. **قال** وينتقل المبيع
الى المشتري بنفس العقد في احد الاقوال هذا مستنبط من نص
الشافعي فيما اذا باع عبدا بشرط الخيار ثم اعتقه في زمن الخيار
حيث قال ينفذ عتقه ويعود الى ملكه فلولا انه يزول عن ملكه بالاول (?) لما
قال ويعود لان العود انما يكون بعد الزوال هذا قاله القاضي حسين
وقال الماوردي انه نص عليه في كتاب الفطر ووجهه قوله عليه الصلاة
والسلام من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع
ووجه الدلالة منه انه جعل المال للمبتاع بالشرط وحده وان البيع قد

قد تم بالايجاب والقبول فثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار
العيب ولان البيع موضوع لنقل الملك ولو استاخر عنه لكان في
معنى تعليق العقد على امر مجهول وهو زوال الخيار ووجهه في
المهذب وغيره بانه عقد معاوضة فانتقل الملك فيه بنفس العقد
كالنكاح وفيه نظر لان الخلاف في نقل الملك جار لاجل الخيار والنكاح
لا خيار فيه فنظيره ان تبايعا على ان لا خيار مجلس بينهما وصححنا العقد
فان الملك ينتقل فيه بنفس العقد وجها واحدا وعلى هذا يكون الملك في
الثمن للبائع. **فايدة** هل نقول على هذا القول حصل الملك مع اخر
اللفظ او عقيبه بعده فيه خلاف حكاه الغزالي في ضمن ضابط ذكره في
كتاب الظهار في قوله اعتق عبدك عني. **قال** وبانقضاء الخيار
في الثاني هذا مستنبط من نص الشافعي فيما اذا باع جارية بشرط الخيار
وكانت حاملا فوضعت فانه يلزم المشتري الاستبراء ولو كان الملك
فيها للمشتري لحصل الاستبراء بالولادة ووجهه ما روى مسلم ان النبي
قال كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا الا بيع الخيار وجه الدلالة منه
ان البيع ليس منفيا بالاتفاق فتعين ان يكون المنفي حكما من احكامه
واقربها لنفي الذات نفي الملك ولانه ايجاب عن لازم مع سلامة المعقود
عليه فلم ينقل الملك ما لم يلزم العقد كالهبة وعلى هذا يكون الثمن
للمشتري. **قال** وموقوف في الثالث فان تم البيع تبينا انه
انتقل بنفس العقد وان لم يتم تبينا انه لم ينتقل هذا مستنبط من نص
الشافعي حيث قال لو اشترى زوجته بشرط الخيار لم يحل له ان يطأها في مدة (?)
شرط الخيار لانه لا يدري ايطأ زوجته او مملوكته ووجهه ان ما يدل
على بقائه وليس لاحدهما رجحان على الاخر فيتوقف وان البيع سبب
الزوال الا ان شرط الخيار يشعر بانه لم يرض بحصول الزوال جزما

الصحيح

قال

البخاري

فوجب ان ينتقض ويلتفت الى عاقبة الامر كذا قاله الرافعي ومقتضى هذا
التعليل ان يكون محل هذا القول خيار الشرط دون خيار المجلس وليس
كذلك بل الاقوال تجري فيه ايضا وعلى هذا القول يكون الثمن ايضا موقوفا
ثم الاقوال تجري عند العراقيين فيما اذا كان الخيار لهما او لاحدهما وكذلك
حكاه الفوراني في ابانته ووراه طريقة اخرى للمراوزة ان محلها اذا كان
الخيار لهما اما اذا كان لاحدهما فهو مالك المبيع ومنهم من نفى الخلاف
في المسالة وقال ان كان الخيار للبائع وحده فالمبيع على ملكه وان كان
للمشتري وحده فالمبيع منتقل اليه وان كان لهما فالملك في المبيع موقوف
وهذه الطريقة اختارها القاضي الروياني في الحلية ثم اذا اجرينا الاقوال
فالاظهر منها الذي رجحه الشيخ ابو حامد ومن تبعه القول الاول
وبه قال الامام ورجح اخرون قول الوقف وبه قال البغوي واختاره ابن
عصرون في المرشد وذهب بعض المحققين على ما حكاه الامام هنا وفي كتاب
الاقرار واختاره الفوراني ان الخيار ان كان للمشتري وحده فالاصح انتقال
الملك اليه وان كان للبائع وحده فالاصح بقاء الملك له في المبيع وان كان الخيار
لهما فالاصح قول الوقف ويظهر فائدة الخلاف في مسايل منها اذا
اكتسب المبيع شيئا في زمن الخيار فمن يكون ينظر ان تم البيع وقلنا ان الملك
للمشتري او موقوف فهو له وان قلنا انه للبائع فوجهان الجمهور على انه له
وعن ابي علي الطبري انه للمشتري لان سبب ملكه موجود اولا وقد استقر عليه
آخرا فينبغي ان فان قلنا الملك للبائع او موقوف فهو له وان قلنا انه للمشتري
فوجهان اصحهما انه له ويبنى صاحب التتمة الوجهين على ان الفسخ يرفع
العقد من اصله او من حينه وفيه خلاف حكاه فان قلنا من حينه فهو للمشتري
وان قلنا من اصله فهو للبائع قلت ويتجه ان يكون هذا الخلاف مبنيا
على الخلاف المتقدم وان قلنا ثم انه يكون للمشتري فيكون هنا للبائع وان

قلنا

وان قلنا ثم يكون للبائع فهاهنا للمشتري فيه الخلاف بناء على ان
الفسخ يرفع العقد من اصله او من حينه وفي معنى الكسب اللبن
والبيض والثمرة والمهر ومهر الجارية اذا وطئت بالشبهة وكذا
الولد ان فرض حصوله وانفصاله في زمن الخيار لامتداد المجلس اما
اذا كان مجتنا حالة البيع وانفصل في زمن الخيار فان قلنا انه لا ياخذ
قسطا من الثمن فهو كالكسب وان قلنا انه ياخذ قسطا منه وهو الصحيح
فهو لمن يستقر له الملك وحيث حكمنا بان الولد للمشتري هل يكون مضمونا
على البائع حتى يسلمه فيه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في نماء
الصداق هل يكون مضمونا على الزوج حكاهما الماوردي واجراهما في
الكسب والثمرة وفي تعليق القاضي الحسين في باب بيع الطعام الجزم بانه
يكون امانة في يده وحيث حكمنا بان الولد للبائع وانفسخ العقد فهل يكون
مضمونا على المشتري [illegible] ويتجه ان يكون ضمانه مخرجا على انه يضمن الام
اذا تلفت في يده بعد الفسخ وفي ولد الجارية وسنذكره. ومنها نفقة المبيع
على من تجب قال الجيلي ان قلنا بانتقاله الى المشتري فعليه وان قلنا
ببقائه على ملك البائع فعليه وان قلنا بالوقف فعليهما ويجبر كل
منهما صاحبه على النفقة والحاكم يجبرهما اذا امتنعا او يفسخ ثم
وهو موافق لما ذكر في زكاة الفطر وكان يتجه ان يكون الحكم في النفقة
كالحكم في الكسب ويجعل الغنم في مقابلة الغرم ويعضده ما حكاه
الرافعي في نفقة العبد الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول والرد
من ان حكمها حكم الكسب وان كان في الوسيط الحقها بالفطرة على
الموصى له اذا قبل على كل قول وعلى الوارث ان رد على كل قول
ولا يعود فيها الوجه المذكور في الزيادات وان كان يحتمل ان يقال الغرم
في مقابلة الغنم لكن ادخال شي في الملك قهرا اهون من الزام غيره مؤنته

وهذا لا يجي مثله هاهنا لانه هو المتسبب للالزام بالعقد ومنها اذا
اذا اشترى زوجته هل يحل له وطيها في زمن الخيار ان قلنا ان الملك
للبايع حل له وان قلنا انه للمشترى لم يحل لانه ملك ضعيف وكذا ان
قلنا انه موقوف لانه لا يدرى ايطا زوجته فيحل او مملوكته بملك
ضعيف فلا يحل هكذا قاله الغزالي في حل اشكال النص في باب الاقرار
وحكى الرافعي هنا انه ليس له الوطي من غير بناء وفيه وجه اخر ولم يزد
على ذلك وما ذكره الغزالي احسن ومقتضاه انا اذا قلنا بان الملك
للمشتري ان النكاح ينفسخ به مع ضعفه وقد صرح بذلك فيما اذا اوصى
له بزوجته فقال ان قلنا انه يملك انفسخ النكاح وان كان ضعيفا وموضع
الكلام في هذا باب ما يحرم من النكاح فليطلب منه ومنها لو طلقها في
زمن الخيار ثلاثا فان تم البيع وقلنا ان الملك له او موقوف لم يقع وان
قلنا ان الملك للبايع ففي وقوع الطلاق وجهان وان فسخ وقع وان قلنا
ان الملك له او موقوف وان قلنا انه ملك بنفس العقد ففي وقوع الطلاق وجهان
ومنها لو كان المبيع جارية وحاضت بعد العقد وقبل انقضا الخيار
فان قلنا ان الملك للبايع لم يعتد بهذه الحيضة عن الاستبرا وان قلنا انه
للمشتري او موقوف ففي الاعتداد بها وجهان ظاهر النص منهما على ما قاله
هو محكي في باب الاستبرا انه لا يعتد بها ايضا لان الفرج في زمن
الخيار محظور عليه وينبغي ان يقع الاستبرا في زمن الاباحة وحكم
الولادة في زمن الخيار بولد الزنا كحكم الحيض قاله الماوردي وفي مجموع
المحاملي الجزم بالاعتداد بذلك اذا قلنا ان الملك للمشتري او موقوف
وان الخيار له وحده والجزم بعدم الحصول اذا كان للبايع او لهما.

قال ولا يملك المشتري التصرف في المبيع حتى ينقطع خيار البايع
ويقبض المبيع. اعلم ان الالف واللام في التصرف ان استعملها الشيخ

الشيخ لارادة العموم حتى يتناول المنع كل تصرف كان ذلك منه اختيارا
لغير الصحيح من المذهب في بعض الصور لانه عندنا يملك البيع بانقطاع
خيار البايع وقبض المبيع ومن التصرفات ما لا يتوقف على القبض الصحيح
كما ستعرفه من بعد ومنها ايضا ما ينفذ في زمن الخيار وهو العتق
على ما ستبينه ونفوذه دليل على ملكه له وقد يجاب عن هذا بان نفوذ
الشي لا يدل على ملكه الا ترى ان احد الشريكين اذا وطي الجارية المشتركة
نفذ حكم وطيه في ثبوت الاستيلاد وغيره وان قلنا لا يملك الوطي وعلى
تقدير التسليم فالمراد نفي ملك تصرف ينفذ حكمه في الحال من غير ان ينتظر
امر اخر والعتق ليس من هذا وان استعملها لارادة حقيقة الجنس
لزم ما ذكرناه قطعا لانه نفي المطلق ونفي المطلق يقتضي نفي الجميع وان
استعملها لارادة المعهود وهو البيع المتقدم ذكره كان ماشيا على
قاعدة المذهب غير انه لا يحوز كلامه شاملا لكل تصرف وهو ممنوع منه
قبل وجود ما ذكره وذلك اسهل من مخالفة المذهب فتوجيهه ويقول
بوقوف ملك التصرف المذكور على انقضا الخيار ظاهر ان قلنا لا يملك الا به
وان قلنا انه يملك بنفس العقد فهو ملك ضعيف معرض للسقوط
فوجب ان لا يملك التصرف فيه كملكه للمكاتب وان قلنا ان ملكه
موقوف فلانه اذا لم يملكه مع القول بان الملك له في الحال لضعفه فلان
لا يملكه وهو يجهل حصول الملك له كان اولى واما توقفه على قبض المبيع
فوجهه ما روى الامام عن حكيم بن حزام انه قال قلت يا رسول الله اني ابتاع
بيوعا فما الذي يحل لي منها وما الذي يحرم فقال اذا ابتعت بيعا فلا
تبعه حتى تقبضه ولا تبع ما ليس عندك وروى ابو داود عن زيد بن
ثابت نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها
التجار الى رحالهم وروى انه عليه السلام بعث الى عتاب بن اسيد وكان

قد ولاه مكه انههم عن بيع ما لم يقبضوا او ربح ما لم يضمنوا واحلف
الاصحاب في تعليل المنع لما ذا على وجهين يلزم هما مع ما يظهر
من فايدتهما في الباب الثاني ان شا الله تعالى وفي المهذب وغيره وراء
ما ذكرناه حكايه وجهين اخرين احدهما انه لو باع باذن البايع صح ان
قلنا ان الملك له لان المنع من التصرف لحق البايع فزال باذنه وكذلك
حكاه في الشامل ايضا وقال ان العقد يلزم على الوجهين جميعا وقياس
ما سنذكره من الخلاف في ان التصرف المردود هل يبطل الخيار ان
يجري ها هنا وهذا الوجه لم يحك الغزالي سواه لكنه لم يفرعه على قول
الملك بل اطلق القول به وكذلك حكاه الرافعي الاول من غير تفريع
على قول الملك وصححه وبه جزم الماوردي ايضا والثاني عن الاصطخري ان
البيع يصح ان قلنا ان الملك له ولم ياذن له البايع وللبايع الخيار فان
فسخ بطل تصرف المشتري ووجهه بان تصرفه صادف ملكه الذي
يثبت فيه للغير حق الانتزاع فاشبه ما اذا اشترى شقصا فيه شفعه
فباعه والذي يقتضيه ايراد الشيخ ترجيح عدم الصحه وان اذن فيه البايع
فان علق ملك التصرف على القبض وعلى انقطاع الخيار ولا الاذن له في
البيع لا يظهر انه يسقط خياره كما لا يبطل حق الوثيقه في الرهن باذن
المرتهن للراهن في البيع ما لم يوجد البيع واذا انقطع الخيار فالملك غير
تام ولذلك لم يصح البيع ويخالف الرهن فانه يصح بيعه لان الملك فيه تام
وانما امتنع التصرف لمحض حق المرتهن وقد اذن وقد يقال ان الاذن
في البيع يبطل الخيار لانه يسقط بمثل ذلك في قول احدهما للاخر اختر
فيقوم الاذن مقام قوله اختر والفرق بين المشتري هنا وبين مشتري
الشقص المشفوع ان الشفيع لا يرفع ملك المشتري وانما يتملك ويبطله
والدليل على قوته ملكه انه يصح تصرفه وان لم ياذن البايع ها هنا اذا

احد المبيع

اذا اخذ المبيع رفع ملك المشتري اما من اصله او من حينه على
اختلاف الطريقين وذلك دليل على ضعفه فانقطع الالحاق.
واعلم ان تعميم الشيخ المنع يدل على انه لا فرق عنده في التصرف قبل
انقضا الخيار وقبل القبض بين ان يكون مع البايع او غيره والمشهور
فيما اذا باعه من البايع في زمن الخيار صحه البيع وهو اختيار لانه يسمع
لان صدوره منهما رضي بالاول حالو تخاير او قال الماوردي في
او اخر باب الربا هذا غير صحيح لان العقد الاول لم يستقر بالافتراق
ولا بالتخاير وما ذكره من التعليل غلط والفرق بينه وبين التخاير انهما
اذا اختارا الامضا فقد رضي كل واحد منهما باقرار ملك صاحبه على ما
انتقل اليه فاستقر بذلك واذا اتفقا على البيع الثاني فكل واحد منهما
لم يرض باستقرار ملك صاحبه على ما انتقل اليه فلم يستقر بذلك
الملك فاذا كان حكم التخاير والبيع مختلفا فلم يجز ان يكونا في لزوم العقد
متفقا وعن صاحب التقريب انه مبني على ان الخيار هل يمنع انتقال
الملك ان قلنا يمنع فلا يصح وحكى الامام عن شيخه الخلاف في صحه
البيع ايضا ووجه المنع بان المشتري لا يجوز له الانفراد بالبيع فاذا
ابتدا الايجاب بطل القبول بما يترتب عليه ... وما ذكره يقتضي
ترددا في صحه بيع المرهون من المرتهن من غير تقدم فك الرهن والذي
اقطع به نقل جواز البيع وفي الوسيط عند الكلام في التوليه حكايه
خلاف فيما اذا باع المبيع من البايع قبل القبض هل يصح وحكاه البندنيجي
في باب بيع الطعام وفي الرافعي ان الصحيح عدم الصحه وفي تعليق
القاضي الحسين وغيره كلام سنذكره في الباب الثاني ولا غنا بنا
عن ذكر ما قاله الاصحاب في التصرف من الهبه والعتق وغيرها
قبل انقضا الخيار ونقول الهبه والوقف ملحقان بالبيع فيما

ذكرناه على ما حكاه ابن الصباغ وغيره وفي الحاوي الحاق الوقف
والتدبير بالعتق وحكاية خلاف في الكتابة هل تلحق بالبيع او بالعتق
واما العتق اذا صدر منه بغير اذن البائع فقد بناه العراقيون على
الاجازة والرد على اقوال الملك فقالوا ان تم العقد نفذ ان قلنا ان
الملك له او موقوف ولغى ان قلنا لا ملك له وان فسخ وقلنا لا ملك له
او موقوف لم ينفذ وان قلنا ان الملك له فعلى المذهب وعن ابن سريج انه
ينفذ اذا كان موسرا دون ما اذا كان معسرا كعتق المرهون وحكى
الرافعي ان من الاصحاب من اطلق الحكاية عنه بنفوذه من غير تفصيل
ما لليسار وان قلنا نعتق فهل يرجع البائع بالثمن او بالقيمة فيه وجهان
عن ابن سريج ايضا وان كان العتق قد صدر باذن البائع نفذ ولم يحكوا فيه
خلافا وكان يتجه ان يخرج على اقوال الملك والممكن في توجيهه ان يقال
البائع لما اذن له فيه مبطل الخيار بنفسه كما هو مبطل له بقوله اخترت
على المذهب واذا كان كذلك فقد انفرد المشتري بالخيار فينفذ عتقه كما لو
كان الخيار له وحده ابتداء فانه ينفذ عتقه على ما سياتي ولكن يلزم
على هذا ان كان هذا هو الماخذ ان يصح بيعه ايضا اذا اذن له فيه جزما
على ما حكيناه عن الفوراني ومن حكينا عنهم اجراء الخلاف فيه ومن
ان يفرق بان العتق للشارع تشوف الى تحصيله ولذلك لو قال الغير
اعتق عبدك عني صح منه هذا الاستدعاء واذا اعتقه عنه قدرنا انتقال
الملك في العبد الى المستدعي قبيل العتق حتى يقع العتق في ملكه واذا
صح مثل ذلك ولم يجر سبب يقتضي نقل الملك مع وجود الملك او شبهه
اولى وليس هذا الحكم ثابتا لغير العتق وسلك الغزالي في العبارة
عن الحكم طريقا اخر فقال اذا صدر العتق من المشتري بلا اذن
البائع وان قلنا لا ملك له لم ينفذ وان قلنا الملك له فوجهان يقربان من

القولين

كذا

القولين في عتق الراهن وان قلنا ينفذ وهو ما جزم به المتولي
قال الغزالي فالظاهر انه لا يبطل خيار البائع ولكن في فائدته وجهان
احدهما ينفسخ العقد ويرجع الى القيمة اذ العتق لا مرد له والثاني له رد
العتق وكانه نفذ بشرط ان لا يرد وقيل ان خيار البائع يبطل والبيع
كالعتق وفي محل الخلاف ما سنبينه وقالوا اولى بان لا ينفذ وان نفذ
فلا يتجه ابطال خيار البائع بل يتعين ان يتسلط على فسخ البيع ان شاء
اذ البيع يحتمل الرد وان قلنا لا ينفذ العتق والبيع اي اما لعدم الملك
او مع وجوده لرعاية حق الغير على ما صرح به الامام وغيره قال
فهل ينفذ باجازة اي العقد والزامه لا التصرف قال اما البيع فلا
فانه لا يقبل الوقف وفي العتق خلاف فان قلنا ينفذ فيستند الى
وقت العتق او من وقت الاجازة ينفذ فيه وجهان هذا اخر كلامه وحكى
القاضي حسين في التعليق الخلاف في ان العتق هل ينفذ عند الاجازة
على القولين في عتق الراهن اذا رد وانفك الرهن هل ينفذ ثم قال
والصحيح ها هنا انه لا ينفذ والفرق بينه وبين الرهن ان عتق
الراهن صادف ملكه وها هنا العتق صادف ملك الغير وهذا منه
بناء على انا اذا منعنا العتق مع القول بانه على ملكه يكون الصحيح
عند الاجازة نفوذ العتق وهو ما جزم به العراقيون على ما حكيناه
ثم جميع ما ذكرناه اولا واخرا فيما اذا كان الخيار للبائع وحده او لهما
اما اذا كان الخيار للمشتري وحده فالذي حكاه الامام والغزالي
والرافعي القطع لانه اذا لم يكن ملكه كان اجازة العقد وهو منفرد
بها والبيع عند الغزالي في هذه الحالة كالعتق كما حكيناه عنه
وحكاه الامام ايضا عن الهاكم وكانه يشير الى والده وبناه الفوراني
على اقوال الملك ايضا ان قلنا الملك للبائع لم يصح وان قلنا انه

فكذلك

ن
ان
البايع
ه
بنفوذ العتق
ملكه

للمشتري ففي صحته وجهان والاصح الصحه وكذلك حكى الامام هذا
البنا ايضا وقال عقيبه ما ذكره الامام افقه وهو الظاهر ايضا
من حيث ان الغزالي جزم بصحه البيع عند وجود الاذن وذلك الجزم
الا عند الانفراد بالخيار اولى فايده تنفيذ البيع على ملك المشتري
التصرف في المبيع يعرفك ان تصرفه في الثمن مغاير له وكذا تعبيد في
المسالة الثانيه بمنع تصرف البايع في الثمن المعين يعرفك ان تصرفه في المبيع
في زمن الخيار بالعتق نافذ على الاصح اذا كان الخيار له او لهما لانه فسخ
للعقد وهو مستقل به وفي التتمه حكايه وجه انا اذا قلنا ان الملك للمشتري
لم ينفذ وحكاه مجلي عن القاضي الحسين وخص محله بما اذا قلنا ان عتق
المشتري ينفذ وتصرفه بالوطي فسخ على الاصح وقيل لا وقيل انما يكون فسخا
اذا نوى الفسخ وهو حلال له على كل قول عند الشيخ ابي محمد وعند غيره
ان جعلنا الملك له وان لم نجعله له ففيه وجهان وقيل ان لم نجعل الملك له
فهو حرام وان جعلناه له ففيه وجهان وظاهر المذهب الحل ان جعلنا
الملك له والتحريم ان نفيناه عنه وبخالف وطي المشتري حيث جزم
فيه بالتحريم على كل قول اذا كان الخيار لهما او للبايع لانا ان قلنا لا
ملك له فالتحريم للملك وان قلنا ان الملك له فلضعفه كما تقدم في الجانب
اما اذا قلنا بالحل فهو كوطي البايع وعلى كل حال لو وطي لم يجب عليه
الحد ويكون الولد حرا نسيبا والحكم في قيمته وفي المهر حكم الكسب
وهل يثبت به الاستيلاد ان قلنا ان الملك للبايع فلا وان قلنا للمشتري له
فوجهان مرتبان على عتقه واولى بالنفوذ وقيل بعكسه قال الامام
ولا يبعد استواؤهما لتقابل الحقين وان لم ينفذ في الحال او تم البيع
او فسخ ثم ملكها يوما كان في ثبوت الاستيلاد قولان محكي ذكرهما باب
عتق ام الولد واعلم ان اطلاق الائمه ان وطي حلال اذا كان الخيار له

المشتري

وحله فيه نظر من حيث انا اذا حكمنا بان الملك للبايع لم يحصل
الاستبرا في زمن الخيار فكيف الحلال فالقول بانه حلال او لا
اذا قلنا ان الملك له ولم نجعل الاستبرا الحاصل في زمن الخيار كافيا
حسن الاطلاق القول بانه حلال ويمكن ان يجاب عن ذلك بان مرادهم حله
بالنسبه الى الملك لا بالنسبه الى امر اخر وتصرفه في المبيع نافذ على
الصحيح اصح الوجهين ان جعلناه فسخا وهو الصحيح وان لم نجعله فسخا
لم ينفذ وجها واحدا ويجري مثل هذا الخلاف في الاجاره والتزويج
وكذا في الرهن والهبه ان اتصل بها القبض وفي الحاوي جزم بصحه
الجميع وجعله فسخا وهل يجوز العرض على البيع والتوكيل فيه فسخا
ان جعلنا البيع فسخا فيه وجهان كالوجهين في القبله والمباشره
بالشهوه اذا جعلنا الوطي فسخا اما اذا كان المشتري وحده لم ينفذ
للبايع ما عدا العتق على كل قول وكذا العتق ان قلنا لا ملك له او
موقوف واجيز العقد وان قلنا ان الملك له ففي نفوذه قولان كما
في عتق المرهون والظاهر انه لا ينفذ والفرق ان الراهن اذا نفذ
عتقه غرم القيمه فيقوم مقامه وها هنا لا يغرم القيمه وانما
يسقط حق المشتري عنها بالكليه ويرد اليه ما بذله فرعان احدهما
اذا اشترى عبدا بجاريه والخيار لهما فاعتقهما معا عتقت الجاريه
دون العبد على الاصح وفيه وجه ان المعتق العبد دونها تفريعا على قولنا
ان عتق المشتري نافذ وان كان الخيار للمشتري وحده لم يعتقا وقيل
يعتق وجهان احدهما وهو ما اورده ابن الصباغ الجاريه واصحهما
وبه اجاب ابن الحداد العبد قال الشيخ ابو علي وهما مبنيان على انتقال
الملك فان قلنا بانتقاله عتق العبد والا فالجاريه وحكى وجه انه لا
يعتق واحد منهما وحكم المشتري اذا اعتقهما والخيار له حكم

البائع د الثاني التصرف الصادر من المشتري في زمن الخيار هل
يجعل اجازة وفيه وجهان اصحهما وبه قال الاصطخري نعم والثاني
ويحكى عن ابي اسحق لا وحكى عنه المحاملي في المجموع ان التصرف الذي يمنع
الرد بالعيب كالعتق والاحبال يقطع خياره دون التصرف الذي لا يمنع
الرد بالعيب ولا يتلف به العين كالوطء والاجارة وما اشبه ذلك فانه
لا يقطعه وفي الحاوي ان خيار الشرط يقطعه واما خيار المجلس
فان اجاز البائع العقد على الفور كان ذلك اختيارا منهما وان لم يجزه
على الفور فان كان ذلك التصرف عتقا او وقفا او تدبيرا كان ذلك اجازة من
جانبه وخيار البائع باق بحاله وان كان بيعا او اجارة فالذي ذهب
اليه البغداديون انه يكون قاطعا للخيار ايضا والذي اختاره البصريون
وهو الصحيح انه لا يكون قاطعا للخيار د قال ولا ينفذ تصرف البائع
في الثمن ان كان معينا حتى يسقط خيار المشتري ويقبض الثمن لما ذكرنا في
تصرف المشتري في المبيع اذ هو منزلة كما ان المشتري مشتر للمبيع قال
وان كان في الذمة لم ينفذ تصرفه فيه قبل انقضاء الخيار لما مر فيما اذا كان
معينا وهل يجوز قبل قبضه فيه قولان اصحهما انه يجوز لانه يؤمن انفساخ العقد
فيه بتلفه فاشبه المبيع قبل القبض وهذا هو الجديد والثاني لا يجوز وفي
الجيلي انه الاصح في المحرر والذي رايته فيه الاول لمطلق النهي عن بيع ما لم
يقبض ولانه عوض في معاوضة فلا يجوز بيعه قبل قبضه كالمثمن قال
المتولي والفرق على الاول ان المثمن لا يستقر في الذمة الا بالقبض فلهذا لو
انقطع المسلم فيه كان له ان يبرئ العقد بفسخ او انفساخ والثمن فيما
يستقر في الذمة من غير قبض بدليل ان جنس النقد اذا انقطع من ايدي
الناس لا ينفسخ العقد وما قاله ممنوع فان الامام قال في كتاب
التفليس انا ان لم نجوز الاعتياض عن الثمن كان حكمه حكم المسلم فيه وسنذكر
ذلك عن

ذلك عن الرافعي في الباب الثاني عند الكلام في [illegible] وفي الجيلي ان بعضهم بنى
الخلاف في المسالة على ان العلة في منع بيع المبيع قبل قبضه ماذا ان
قلنا ضعف الملك لم يجز هاهنا لوجوده فيما في الذمة وان قلنا
توالي الضمانين فيجوز هاهنا اذ لا توالي وهذا البناء ضعيف
لان اختيار العراقيين من الخلاف العلة الاولى على ما حكاه مجلي
ومقتضى ذلك ترجيح البناء ان يكون الصحيح عندهم عدم الصحة وقد قال
الشيخ خلافه واستدل ابن يونس على القول الثاني بانه لا يؤمن انفساخ
العقد فيه بهلاك المبيع فاشبه المبيع قبل القبض وهذا يوهم
امرين احدهما ان محل الخلاف ما اذا كان المبيع لم يقبض اما اذا كان قد
قبض فيجوز وجها واحدا وليس كذلك بل المنقول في الزوائد عن العدة
ان بعض الاصحاب خص محل الخلاف بما اذا كان المبيع قد قبض اما اذا لم
يقبض فلا يجوز وجها واحدا ومنهم من لم يفرق بينهما وهو قضية ما في البيان
فانه قال لا فرق في ذلك بين ان يكون بعد قبض المبيع او قبله د الثاني ان
كلا من الثمن والمثمن لا يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يقبض مقابله
لانه لا يؤمن انفساخ العقد فيه اذا لم يقبض مقابله بتلفه وليس
كذلك بل المنقول عن ابن سريج وفي الحاوي وغيره صحة بيع المقبوض وان لم
يقبض مقابله وعليه يدل كلام الشيخ حيث علق التصرف بوجود القبض
في المبيع والثمن وانقضاء الخيار د تنبيه المراد بالثمن هاهنا ايضا
السعر ان ما في الذمة يتصرف فيه بالابراء وهو قبل القبض جائز بل لا
يتصور الا كذلك وفي زمن الخيار اما ان لا يصح او يصح وفيه تفصيل
مذكور في باب المرابحة ولا يجوز التصرف فيه بالهبة والرهن على المذهب
كما سنذكره وكذا لا يجوز ان يعتاض عنه سواء كان المعامل الذي عليه
الدين او غيره والحوالة ان قلنا انها استيفاء فهي دون نفس القبض وان

قلنا انها معاوضة فهي كالمبيع وغير ذلك اما في معنى البيع او لا في
تتصور بيعه بما ذكرناه فان قيل اهل الخلاف في جواز بيعه من المشتري
او من غير المشتري قلنا ظاهر كلام الشيخ يدل على انه لا فرق بينهما
وبعضهم حكاية الخلاف في منع جمهور الكتابة والمذكور في طريقة المراوزة
الاختلاف في جواز بيعه من المشتري وغيره واما عن ذلك الاستبدال
عنه فايتيه الامام اقوال والعراق وجوها لانه احدها المنع قياسا
على المثمن والثاني الجواز لما روى ابو داود عن ابن عمر رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله
اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ
الدنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا باس ان تاخذها بسعر يومها ما لم
تتفرقا وبينكما شيء وفي رواية [illegible] ابيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا بايعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه
شيء قال الغزالي وللقايل الاول حمل الحديث [illegible] على جريانه في مجلس العقد
فيكون تغيير العقد في وقت الجواز ومن هذا التعليل يؤخذ ان اطلاق الشيخ
في المهذب وابن الصباغ القولين في جواز بيعه محمول على ما اذا كان من
المشتري لانهما استدلا للقول بالجواز بالحديث وهو لا يدل على جواز بيعه من غير
المشتري لما في ذلك المعنى المذكور وهذا القول نسبه المتولي الى الجديد وبه
قطع القاضي ابو حامد وابو الحسين والاول الى القديم والفرق على الاول
بينه وبين المثمن ان المقصود من الثمن ماليته منه والاستبدال لا يخل
بالمالية وحلها والمثمن المقصود منه العين فيتاتى الاعيان قال
الامام وهذا الفرق ضعيف القياس والثالث انه يستبدل احد
النقدين عن الاخر للحديث ولا يستبدل ساير الاجناس عنهما
للقياس قال الغزالي وهذا اعلى ومحله اذا لم يكن الثمن موجلا او حالا
موجلا ولا اشتراط في علة الربا بينه وبين الثاني او كان مشتركا

لكنهما

لكنهما

جنسان كالذهب والفضة اما لو اتحد الجنس كالطعام عن
الطعام لم يجز وهذا ما حكاه القاضي الحسين في باب بيع الطعام وقال
السيد يحيى [illegible] في باب المصراة قال الشيخ ابو حامد وعندي انه يجوز لانه
اذا قبض منه الطعام عاله في ذمته [illegible] الطعام
منه وكيف يبقى في ذمته الى الاجل وفي الحاوي في الفروع المذكورة في
اخر باب الربا الجزم بان ما في الذمة اذا كان موجلا لم يجز اخذ البدل
عنه وان لم يكن من مال الربا لان الموجل لا يملك المطالبة به فلم يجز
المعاوضة عنه ويظهر ان يكون ما قاله الشيخ ابو حامد مستمد
من تعليل مسالة الاستيفاء واعلم انه يتفرع على الخلاف ما اذا
باع بغير النقد من الذمة جواز الاستبدال عنه ينبني على ان الثمن
ماذا وفيه ثلاثة اوجه يحتاج الى ذكرها احدها انه ما الصق به الباء
الثمنين ويحكى عن القفال والثاني انه النقد لا غير والمثمن ما يقابله
على احد الوجهين وهذا الوجه ما دل عليه كلام الشيخ وابن
الصباغ في باب السلم [illegible] والاجود السلم في الاثمان والثالث وهو
الاصح ان الثمن هو النقد والمثمن ما يقابله وان لم يكن في العقد
نقد او كان العوضان نقدين فالثمن ما اتصل به الباء والمثمن ما
يقابله فان قلنا بالوجه الاول فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين
وادعى في التهذيب انه المذهب وان قلنا بغيره فلا يجوز ويظهر
للخلاف في ان الثمن ماذا فوايد احدها ما اذا كان العوضان
نقدين وعلى الاول لا مبيع فيجري في جواز الاستبدال عن كل منهما
الخلاف المذكور ومنها ما اذا كان العوضان عرضين فلا يجوز على
الثاني الاستبدال عن واحد منهما وجها واحدا ومنها لو قال بعتك
هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الثاني والثالث يصح العقد خلافا للسلم

يعني

في الدراهم د قال ولا يدخل المبيع في ضمان المشتري الا بالقبض اي
للمبيع خلافا لابي ثور اما دخوله في ضمانه بالقبض فلانه لا غاية بعده
ينتظر واما عدم دخوله في ضمانه قبله فلانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما لم يقبض وربح ما لم يضمن فاقتضى ان بيعه قبل القبض غير مضمون يمنع
طلب الربح فيه وقال صلى الله عليه وسلم ارايت لو منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم
مال اخيه فمنع من المطالبة بالثمن لهلاك الثمرة قبل القبض ونبه به على
كل مبيع يهلك قبل القبض ولانه لو دخل في ضمانه قبله لجاز للبائع
بيعه بعد العقد وليس كذلك فان ما حدث بالمبيع من عيب قبل القبض يستحق
المشتري به الفسخ هكذا اورده الماوردي عن الشافعي دلالة على ما ادعيه
منقوض والا لم يحسن التمسك به والمراد بالدخول في الضمان بالقبض ان
المبيع لو هلك او تعيب لم ينسب له بسببه فسخ ولو هلك لا ينفسخ العقد
وان كان في مدة الخيار كما ستعرفه من بعد هذا هو المشهور وفي الحاوي عند
الكلام في الجائحة ان ابن ابي هريرة قال المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده
بما حدث من العيوب في زمن الخيار وان كان القبض تاما وابدا من عند
نفسه منع ذلك واعلم ان الشيخ ذكر هذا الفصل لاحد الاحترازات
عن مذهب من صار الى دخوله في ضمانه بمجرد العقد وهو الامام مالك على ما
حكاه المتولي والبغوي ايضا وعن ابي ثور وخصص ابن الصباغ محل خلافه
بما اذا لم يكن المبيع مكيلا ولا موزونا ولا معدودا وان الامام احمد وافقه
وحكى المتولي عنه انه استدل بقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان
ومعناه خراج الشيء وفوائده لمن الشيء في ضمانه وفوائد المبيع للمشتري
فوجب ان يكون من ضمانه واجيب بانه صلى الله عليه وسلم جعل الخراج بالضمان
وما جعل الضمان بالخراج بل الخبر على ان من كان الشيء من ضمانه كان الخراج
له

٢٥

[illegible]

له فاما ان يدل على ان من استحق الخراج يكون الشيء من ضمانه فلا قال
القاضي ابو الطيب وان الخبر ورد على سبب لانه روي ان رجلا اشترى عبدا
فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فقال الراوي فقضى النبي صلى الله عليه وسلم
في مثل هذا ان الخراج بالضمان وكان ذلك بعد القبض فلا تعلق له بما قبل
القبض الثاني بان غير القبض لا يحصل هذا الغرض وهو الصحيح وفي
التتمة ان المشتري لو ابرا البائع عن ضمان المبيع على قول حتى لو تلف
لا ينفسخ العقد ولا يسقط الثمن د قال ولا يستقر ملكه عليه الا
بالقبض الاستقرار عبارة عن الامن من سقوط الملك بسبب انفساخ العقد
لا فسخه وان الامن العوض بعد قبضه الملك فيه مستقر وان لم يؤمن
زوال الملك فيه بسبب الفسخ بالعيب والمراد بالقبض هاهنا قبض المقابل
لان الملك قبل قبض المقابل متعرض للسقوط بتلفه وان افاد قبض المبيع
التصرف كما ذكرناه وعلى هذا التقرير يكون الشيخ تحرز في هذا الباب ممن
ينقل الملك في المبيع الى المشتري ومع القول بانه متى ملك التصرف فيه
ومع ملك التصرف بل ايدخل في ضمانه ومع الدخول في الضمان متى يستقر وهذا
ترتيب حسن ويدل على ارادته ذلك ان البندنيجي صرح به فقال اذا وقع القبض من الطرفين
استقر العقد به وكل منهما احترز من كلام البندنيجي حامد وما ذكره في استقرار
الاجرة باستيفاء المنافع او تفويتها وما ذكره في استقرار الصداق بالدخول
وهو قبض المقابل بعد حكايته انها تملك التصرف فيه بالقبض واعلم انه يرد عليه
في بعض النسخ ولا يستقر ملكه عليه الا بالقبض وانقضاء الخيار وهذه الزيادة غير
محتاج اليها كما ستعرفه من بعد ان شاء الله تعالى د قال فان هلك قبل القبض
اي المبيع بافة سماوية انفسخ البيع لانه فات التسليم المستحق بالعقد فبطل كما في
عقد الصرف ثم من ضرورة الانفساخ انقلاب الملك الى البائع فانه لو هلك ملكا
للمشتري لا استحال ان يسترد الثمن ويقضي بالانفساخ لكن متى ينقلب اليه
فيه وجهان حكاهما الفوراني اصحهما وهو ما رجحه الامام واختاره ابن الحداد
انه قبيل التلف البندنيجي حكاه الضمان ايضا ان المشتري ما لا يحتمل سقوطه
على وجه الصحة والاخر تعد بقضاء المكري المهر بعد الدخول العوض في الخلع
وان كان الاثمان في الدين فيمكن ان يقاس عليه الخبر في اصل

انه يتعلق بتبينا فبيل بعد تلفه والثاني انه يستند الى اول العقد
مال الامام وحقيقة هذا الخلاف يلتفت بالاخرة الى ان العقد اصلا هل يكون
العقد قبل القبض موقوفا على ما يعتبر وعلى الوجهين لو كان المبيع عبدا او جاريه
كان مؤونة تجهيزه ودفنه على البائع على القول الاول ويكون الزوايد والفوايد
للمشتري والبائع على الثاني وقال الغزالي فيما اذا وقع الفسخ قبل القبض لا اما
بان مثله هاهنا وصورته فان قيل فما وجه رجوع الزوايد الى البائع وقد حدث
في ملك المشتري حالة بعد القبض قلنا فايدته تعلق بما روي انه صلى الله عليه وسلم
عن غلة المبيع تسلم للمشتري بعد الفسخ وبعد القبض قال الخراج بالضمان
اي هو على خطر الضمان بالقبض والختم والجزم ومفهومه انها لا تسلم قبل
القبض له والقايل الاول اي يكونها للمشتري يمنع القياس ويقول ذلك علته
لمنع الرجوع وذلك لقطع استبعاد السايل وقبل القبض لا رجوع لعلة
اخرى وهو انها حدثت على ملكه والحكم قد يعلل بعلتين هذا اخر كلامه
وهو ما يستشكل فان الحكم قد يعلل بعلتين بان هذا من قبيل الواحد بالنوع فان
الملك في الزوايد الحاصلة قبل القبض غير الملك في الزوايد الحادثة بعده ولا
خلاف في ان الحكم في مثل هذا يعلل بعلتين وانما الخلاف في الواحد بالشخص
فما وجه الابتناء عليه وجوابه ان الملك الحاصل بعد القبض قد وجد له
علتان كونه حدث في ملكه وكون المبيع من ضمانه فكلامه عائد اليه وهو
واحد بالشخص فاندفع الاستشكال واعلم ان تعذر تسليم المبيع بما شرح
وما في معناه يقوم مقام التلف في الانفساخ وذلك مثل ان يكون المبيع ارضا
فتغرق او يقع عليها صخرة لا يمكن رفعها او حيوانا يلم بالف الدهاب والاياب
فيطير او ينفلت او خاتما فيقع فيما لا يمكن استخراجه منه وفي الرافعي
حكاية وجه في غرق الارض ووقوع الصخرة عليها ان الانفساخ لا يثبت له البايع
للمشتري ليس له الخيار في وجه واختلاط المبيع بمثله هل يتنزل منزلة التلف
فيه خلاف ويتنزل منزلته وما اختلاطه بالثمن بمثله اذا تعذر التمييز

فالنور

كالثوب والشاة فالاصح الانفساخ ايضا واباق العبد لا يقوم
مقام التلف على الاصح وكذا وقوع الجامد في الماء الذي يرجى حصوله
وانقلاب العصير خمرا هل يقوم مقامه فيه قولان في التتمة وفي الوسيط
في باب الرهن ان حكمه حكم الرهن بعد القبض الذي ذكره في الرهن بعد القبض
والذي ذكره بعد الرهن بعد القبض انه اذا عاد خلا عاد وثبتت الرهن
وهذا فيه يقتضي ان العقد مستمر اذا عاد خلا وهو ما حكاه القاضي الحسين
في باب الرهن عن النص وانه يثبت له الخيار لتبدل الصفة بالحموضة
وفي النهاية انه ينفسخ العقد ويحكم بملك المشتري بعوده خلا والفرق بينه
وبين الرهن ان الرهن عاد لبقاء ملك الراهن وهاهنا يعود الى ملك
البايع لعدم ملك العقد ولا يصح ان يتجه ملك المشتري وهذا ما صححه
القاضي الحسين قبيل باب بيع المصراة عند قال ولو سلم الخمر الى المشتري
فصارت في يده خلا فهل يتم البيع فيه خلاف وهو وجهان ينبنيان
على ما لو غصب خمرا فتخللت في يده هل يجب ردها دفعه تغليب
البيع انفساخ العقد بتلف المبيع قبل القبض يشعر بانه اذا تلف
بعد القبض لا ينفسخ وما بعد القبض فيه حالتان احداهما بعد انقضاء
الخيار والحكم ظاهر فيهما والثانية في زمن الخيار والحكم فيه اعتد الشيخ
ابي حامد وقد يتفرع منه يحتاج الى ذكر ما قيل فيه وبه يظهر صحته
ان شاء الله تعالى فنقول حكى ابن الصباغ فيما اذا تلف المبيع بعد القبض في
زمن الخيار عن القاضي ابي الطيب ان الشافعي نص في بعض كتبه على ان
البيع ينفسخ ويجب على المشتري القيمة وقال في باب الصرف يلزمه الثمن
قال القاضي يحتمل ان يكون المراد بالثمن القيمة ويحتمل ان يكون المراد به
اذا كان الخيار للمشتري وحده وقلنا ان المبيع ينتقل اليه بنفس العقد
وحكى الشيخ ابو حامد ان الخيار لا يسقط فان فسخ العقد وجبت القيمة

وان انقضى الخيار فمع انفساخه على اقوال الملك وان قلنا بانتقاله
بنفس العقد او بوقفه لتستقر عليه الثمن وان قلنا بانه لا ينتقل الا
بانقضاء الخيار قال اصحابنا تجب القيمة لانه تلف في ملك البائع وقال
الشيخ ابو حامد وعندي انه يضمن بالثمن لانه مسمى ثبت بالعقد فلا
ينقطع مع بقاء العقد واحتج لقوله بان القبض اذا وقع استقر البيع
واذا استقر لم ينفسخ بهلاك المبيع قال ابن الصباغ والطريقة الاولى
اصح لانا اذا قلنا ان المبيع في ملك البائع متلف لا يجوز ان ينتقل الى
المشتري بعد تلفه وما ذكره من ان العقد باق فيثبت فيه المسمى غير مسلم
لان العقد ينفسخ اذا تعذر امضاء احكامه بتلفه واما اذا قلنا
المبيع في ملك المشتري فلا [illegible] ان ثبت استقرار العقد بتلفه لان في
ذلك ابطال الخيار البائع فيمتنع التابع باتلافه وابطال خياره ولا يمكن
بقاؤه على حكم الخيار لانه اذا لم يتم العقد فلا يمكن اتمامه فيه بعد تلفه
كما لا يمكن العقد عليه بعد ذلك وما ذكره من ان العقد يستقر به غير
صحيح لان القبض لا يستقر به العقد مع بقاء الخيار ولهذا لا يدخل الخيار
في الصرف لوجود التقابض فيه هذا اخر كلامه قلت وقد يقال
في الجواب عن ذلك ان قولك لا يجوز ان ينتقل الى المشتري بعد تلفه مسلم لكنا
نقول ينتقل قبيل التلف كما اذا تلف المبيع في يد البائع بل اولى لانه يتضمن
اجازة العقد وان قيل هذا خلاف الاصل وصرنا اليه هناك للضرورة
دل عليها نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن
ولا ضرورة بنا هاهنا قلنا قد قيل به في محل لا ضرورة فيه ولا تشوف
للشارع وهو ما اذا ادى الضامن ما ضمنه في صورة يكون له الرجوع
فيها على المضمون عنه فانا نقدر دخول المدفوع في مال المضمون عنه
قبيل الدفع للمضمون له حتى يتمكن الضامن من مطالبته ويرجع المضمون عنه

الى عتقه

بقي في

المشتري في

الى عتقه عند فسخ العقد الذي وجب بسببه الدين وقد صرح بذلك
الامام في ضمن ما اذا ضمن الرجل للمرأة صداقها عن زوجها وغرم لها
ثم ارتد قبل المسيس وقولك ان العقد ينفسخ اذا تعذر امضاء احكامه
بتلفه مسلم لكن مضى حكمه وقد بينا انه لم يتعذر وقولك ان في ذلك
ابطال الخيار البائع غير مسلم لان الكلام فيما اذا اجيز العقد بعد
التلف او مضت مدته من غير فسخ وقد علمت مثل ذلك فيما اذا اعتق
المشتري العبد المبيع في زمن الخيار وحكمت بنفوذ العتق بعد لزوم
العقد اذا قلنا ان الملك للمشتري او موقوف ولم يكن عتقه قاطعا خيار
البائع وقولك لا يمكن بقاؤه على حكم الخيار لانه اذا لم يمكن تتمة العقد
فلا يمكن اتمامه بعد تلفه كما لا يمكن العقد عليه بعد ذلك قلنا لا نسلم
فان الدوام يغتفر بطريق الضمن والتبع وذلك لا يختص فيه ما لا يغتفر فيما
يقع ابتداء وقولك ان القبض لا يستقر به العقد مع بقاء الخيار فذاك
مبني عندك على اعتقادك ان العقد ينفسخ بتلفه وقد منعناه وقولك
ولهذا لا يدخل الخيار في الصرف لوجود التقابض فيه مسلم لكن ذلك لا
يدل على انه لا يستقر بالقبض والله اعلم والذي جزاه الحاوي في الجزم
بانفساخ العقد في خيار المجلس على الاقوال كلها ويضمن القيمة سواء
كان المبيع ماله مثل او ما لا مثل له لان ما له مثل انما يضمن بالمثل
في الغصب اما اذا كان مضمونا على وجه المعاوضة كالمقبوض للسوم
او بعقد بيع فاسد او مفسوخ فانه يضمن بالقيمة دون المثل واما
خيار الشرط فان كان لهما او للبائع وحده فالحكم كذلك وان كان
للمشتري وحده فان قلنا لا ملك له الا بانقضاء الخيار او هو موقوف
فهو ضامن بالقيمة دون المثل ايضا وان قلنا انه قد ملكه بنفس
العقد فعلى وجهين احدهما وهو ظاهر نصه في البيوع انه ضامن له

فيه في

له

بالقيمة دون الثمن والوجه الثاني وقد اشار اليه في كتاب الصداق
انه ضامن له بالثمن المسمى دون القيمة لان ثبوت الخيار له وجهان
يجري مجرى خيار العيب الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب
واصحاب القفال وقال انه المرضي بناء على اقوال الملك فان قلنا ان
الملك للبائع انفسخ لانا اذا حكمنا بالانفساخ مع بقاء مدته مع بقاء
ملكه اولى وعلى هذا الغرم قيمة المبيع للمشتري وهذا منه تفريع على ان الفسخ
بتلف المبيع قبل القبض يستند الى ما قبل التلف اما اذا قلنا انه يستند
الى اصل العقد فينتجه ان يكون حكمه حكم المستام ايضا وان قلنا بعدم
الانفساخ فهل ينقطع الخيار في الواقعة وجهان اصحهما انه لا ينقطع
وفي النهاية انه اذا كان الثمن عينا فالخيار للبائع لا ينقطع وهل ينقطع
خيار المشتري فيه وجهان وجه الحرمان الفصال حق البائع اذا كان الثمن في
الذمة فان قلنا ببقاء الخيار واجيز العقد لزمه وان فسخ وجبت القيمة
وان قلنا بانقطاعه استقر العقد ولزم الثمن **فرع** اذا قبض المشتري
المبيع في زمن الخيار ثم اودعه البائع وتلف في يده قال الصيدلاني هو كما
لو تلف في يد المشتري وكذا صرح به المحاملي والبندنيجي وقال الماوردي ان
المشتري يغرم القيمة وهو ما يتفرع على ما ادعاه في ان العقد ينفسخ بتلف
المبيع في يد المشتري وابدى الامام احتمالا في رجوع البائع بالقيمة اذا
فرعنا على ان الملك له من حيث ان العين المملوكة له اذا عادت الى يد صاحبها
وتلفت في يده يظهر ان يقال لا ضمان على المشتري **قال** وان اتلفه المشتري
استقر عليه الثمن لانه تصرف فيه تصرفا يبطل به حق المالك فكان ذلك
قبضا منه كما لو كان عبدا فاعتقه ولان الاتلاف ينزل منزلة القبض فيما
اذا اتلف المالك العين المغصوبة في يد الغاصب حتى يبرأ الغاصب
من عهدتها فكذلك هاهنا وحكى الشيخ ابو علي والطبري وجها ان الآفة

ليس بقبض فيتلف من ضمان البائع وينفسخ العقد وعلى الاول انما
يجعل الاتلاف قبضا اذا علم المشتري انه المبيع اما اذا لم يعلم وكان
المبيع طعاما فقدمه البائع اليه فاكله ففي جعله قابضا له حتى يبرأ
البائع الخلاف المذكور في مثله من الغصب فان لم يجعله قابضا فهو كما
لو اتلفه البائع حيث قلنا بعدم الانفساخ فهل يأخذ من المشتري
القيمة ويحبس لتوفية الثمن الذي اجاب به الامام هنا انه لا يلزمه ذلك
وجها واحدا وحكى في باب الحمل والرهن ان صاحب التقريب روى وجها
ان الآفة لا تكون قبضا وان القيمة تلزمه وتكون محبوسة بالثمن **فرع**
آخر اذا اتلف المشتري بعض المبيع في يد البائع جعل قابضا له ان كان
مما يتقسط الثمن عليه كاحد العبدين وان كان مما لا يتقسط الثمن عليه
كاريش الجارية فيما اذا وطئ المشتري الجارية المبيعة في يد البائع ففي الحاوي
ان الجارية اذا تلفت انفسخ العقد ووجب على المشتري ارش بكارتها وفي شرح
الفروع للقاضي ابي الطيب انه يجب منسوبا من الثمن وطرد ذلك فيما اذا
قطع يد العبد ثم مات في يد البائع بآفة سماوية انه يستقر العقد
في نصف المبيع بنصف الثمن وكذلك فيما اذا قطع يده يستقر العقد بجملة
الثمن حتى اذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشيء وفي الحاوي
حكاية وجه خلاف لصورة قطع اليد فان البائع يرجع على المشتري عند تلف
العبد بما ذا على بالارش المقدر للاجنبي او بما نقص من القيمة لان الجناية
هنا من مالكه بخلاف الاجنبي وفي التتمة انه يستقر على المشتري من الثمن
بنسبة ما انتقص من القيمة وهو المذهب في تعليق القاضي الحسين
قال وان اتلفه اجنبي اي بغير حق ففيه قولان احدهما ينفسخ لان
المعقود عليه تلف فاشبه التلف بالآفة السماوية وعلى هذا يسترد
المشتري الثمن ان كان قد اداه ويطالب البائع الاجنبي بالبدل وهذا ظاهر
المذهب في التتمة والمصحح في تعليق القاضي ابي الطيب والقاضي لا ينفسخ

بل تثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء والرجوع على الاجنبي
بالقيمة كما تقدم اما عدم الانفساخ فلان هذا الاتلاف يستعقب
ضمانا على المتلف والبدل اذا اتلف خلفا للمتلف في الاغراض المالية
واما ثبوت الخيار فلفوات غرضه المتعلق بالعين وهذا هو القول الصحيح
في الرافعي وتعليق القاضي الحسين والمذهب في النهاية في كتاب اختلاف
المتبايعين والمعروف المراوزة عنه على ما حكاه الامام وقبل ذلك وفي
الوسيط ان العراقيين قطعوا بانه لا ينفسخ وقال المراوزة فيه قولان
وهذا مما استدرك عليه فان صوابه العكس على المشهور وحكى العجلي
للطبري عن ابي العباس انه لا ينفسخ البيع قولا واحدا فرع اذا اجاز
المشتري العقد واخذ البدل لم يكن للبائع حبسه لتوفية الثمن على الظاهر
الوجهين بخلاف المرهون اذا اتلف فان الفرق قوة الرهن وضعف حق الحبس
ومقابله مجزوم به في تعليق القاضي الحسين وان للبائع مطالبة الاجنبي
بالقيمة كما للمشتري مطالبته كما للراهن والمرتهن مطالبة متلف الرهن
بقيمته وهو الذي صدر به الامام كلامه في باب التحالف وذكر بعده ما
قاله القاضي من تمكينه من المطالبة قال ومن اصحابنا من يقول يسقط
حق الحبس وظاهر ذلك يقتضي ترجيح ثبوت حق الحبس اذا قلنا به
متلف البدل على النص لم ينفسخ العقد على الاظهر من الوجهين
اخر لو اراد بعد الاجازة الفسخ كان له ذلك على ما حكي عن جواب
القفال وقال القاضي لم يكن له لانه رضي بما في ذمة الاجنبي فاشبه
الحوالة اما اذا كان اتلاف الاجنبي بحق كما اذا قتل العبد المبيع قصاصا
فانه كالآفة السماوية وجها واحدا قال وان اتلفه البائع انفسخ
العقد لانه يضمنه بالثمن اذا تلف في يده فلا يحل عقد التسجيل لكن
اذا اتلفه لا يجوز ان يكون مضمونا عليه بالقيمة والثمن قال وقيل
هو كالاجنبي لانه تلف بفعل آدمي غير المشتري فاشبه الاجنبي ولان

الاتلاف

اتلاف الراهن العين المرهونة كاتلاف الاجنبي ولذلك
قلنا هنا ان الاصح على هذه الطريقة من القولين انفساخ العقد كما
حكاه الرافعي وعلى القول بعدم الانفساخ يعود الخلاف في حبس
القيمة وعن الشيخ ابي محمد القطع هاهنا بانه لا يحبسها التعدي
باتلاف العين ثم يقوم مقام اتلاف البائع عتقه لما باع في مدة ملكه من
العبد الذي باع بعضه وهو موسر واتلاف الاعجمي والصبي الذي لا
يميز بامره واتلاف الاجنبي بامره وقال القاضي الحسين انه يلحق اذنه
واذا اتلفه كان له الخيار واذا اذنه للبائع في الاكل والاحراق لا يخرج
الفعل عن نسبته الى البائع حتى يخرج من ضمانه ولو صال العبد
المبيع على المشتري فقتله دفعا فعن الشيخ ابي علي انه لا يستقر عليه
الثمن ~~وحكى القاضي ابي الطيب انه~~ هو واتلاف عبد البائع او المشتري
المبيع بغير اذن كاتلاف الاجنبي فان اجاز العقد وكان المتلف
عبده جعل قابضا كما لو اتلفه بنفسه واتلاف بهيمة المشتري المبيع
بالنهار يفسخ العقد وبالليل لا وللمشتري الخيار فان اجاز فهو
قابض والا طالبه البائع بقيمة ما اتلفته بهيمته واتلاف بهيمة البائع
اطلق القفال في فتاويه انه كالآفة السماوية وان كان [illegible] في بهيمة
المشتري كما ذكرناه ثم ما ذكرناه مفروض فيما اذا لم يكن مالكها معها
اما اذا كان معها فالتلف منسوب اليه لا اذا كان دينارا او بيع البائع
المبيع وسلمه وعجز عنه منزل منزلة جنايته على ما هو محكي في
فتاوى القاضي والقول قوله انه عاجز مع اليمين وفي الاشراف
ان البائع اذا طولب بتسليم المبيع وادعى حدوث العجز عنه حبس
حتى يقيم البينة فان قال البائع للمشتري تعلم عجزي فله تحليفه لكن
على البت او على نفي العلم فيه خلاف فرع اذا اتلف البائع بالمبيع

فصل

مثل القبض لم يجب جلده الاجير على ظاهر المذهب بناء على
ان جنايته كالافة السماوية وان جعلت كاتلاف الاجنبي وحيث
قاله البغوي والغزالي في باب الصداق وحكى في الفتاوى ان
الصحيح انه يضمن الاجير اذا امسك المبيع بعد تسليم الثمن مدة
لمثلها اجرة ومقتضى ذلك ان يقول به عند الامتناع من طريق الاولى
قال والقبض فيما ينقل النقل اي مثل الاخشاب والامتعة
المنقلية والطعام الكثير والمراكب والرقيق والبهائم وما اشبه ذلك
النقل وفيما يتناول باليد اي مثل الذهب والفضة واللالي والثوب
والطيب وما اشبه ذلك التناول قال وفيما سواهما اي مثل
الدور والاراضي والاشجار القائمة والارض التخلية والدليل
على ذلك ان الشرع اطلق القبض في البيع واناط به احكاما ولم يبينه
ولا له حد في اللغة فرجع الى ما كان المرجوع فيه الى العرف كالحرز في
السرقة والاحياء والعرف قاض باعتبار ما ذكرناه وفي الوسيط
حكاية قول عن حرملة ان التخلية تكفي في المنقول كالعقار ووجه
انها تكفي لنقل الضمان دون ملك التصرف ونسبه الامام الى العراقيين
لكن بشرط ان يوجد من المشتري قبول ذلك اما اذا لم يكن منه قبول
فلا يكفي بنقل اليه الضمان وفي الحلية حكاية وجه ان التناول باليد
شرط في الرقيق والبهائم والمذهب ان التخلية لا تكفي لنهيه صلى الله
عليه وسلم عن بيع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وما روي
عن ابن عمر انه قال كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا النبي
ان نبيعه حتى ننقله من مكانه وان القبض في الوقوع قبل عينه فيأتيه
وفي النهاية ان يشترط وقوعها وفي الحاوي ان يشترط الموضع الذي
فيه المبيع مع التخلية يقوم مقام قبض المبيع ولو استأجره فوجهان

ما ذكرنا في المطلب جاء

بخلاف ما لو استعاره وضعف الشاشي قوله وقد حكى القاضي
الحسين في تعليقه ما حكاه الماوردي فيما اذا اشترى الموضع وجهان
وطرده فيما اذا اشترى الزرع بشرط القطع ثم اشترى الارض وفي التتمة
وغيرها انه اذا اشترى دارا مع طعام فيها ان التخلية تكفي فيهما على
وجه وهو ما حكاه الماوردي وان الحق بهما فيما اذا ابيع مسيرا على
وجه لا يكفي وهو الاصح في الرافعي تنبيه المراد بالنقل ان يحوله المشتري
باذن البائع او بغير اذنه ولم يكن له حق الحبس الى مكان لا يختص
البائع سواء كان يختص المشتري كملكه وما هو مستاجر معه او
مستعار او لا اختصاص لهما كالشوارع وفي الحاوي ان الذي
المعتبر فيه اخراجه من الحرز كان فيه وان لم يجعله المخرج في حرزه
وفي تعليق القاضي الحسين انه لو وضعه في جوالق وخرج ليحضر
الجمال فهو قبض وان كانت الجوالق في دار البائع وكذلك لو كان استعار منه
الجوالق اما اذا كان للبائع حق الحبس فقد حصل نقل الضمان وهل
ملك التصرف فيه وجهان في الوسيط والمذكور في الرافعي والحاوي
العدم وفي النهاية حكاية عن الشيخ ابي محمد ان الاستيلاء اذا جرى
انقضى نقل الملك المطلق لا انقضى نقل التصرف وهو بعيد ولو
حصل النقل والتحويل من البائع بان وضعه بين يدي المشتري او في
حجره او بين يديه باذنه حصل القبض وان كان بغير اذنه ورضاه فالملك
في النهاية انه يحصل ايضا اذا امكنه من قبضه والاحتواء عليه
وفي بعض التصانيف وجه ان هذا لا يكون اقباضا ما لم ينقله
المشتري قال الامام وهذا الوجه عندي يخرج على القول بوجوبه
وهو المذهب وقال في باب اختلاف المتبايعين ان سبيل الوجوب تخليص
البائع عن عهدة الضمان وبه جزم ثم وفي الرافعي قياس القول

الاول على ما اذا وضع الغاصب المغصوب بين يدي المغصوب منه
فانه يبرأ وفرق المتولي بينهما بان المالك في الغصب له يد سابقة وانما
وجد من الغاصب نوع تحجر وقد ترك العدوان فعاد الشيء الى يد
مالكه وها هنا المشتري لم يكن له يد سابقة ويد البائع ثابتة
فلا تزول الا بتمام الاستيلاء ثم على القول بحصول القبض لو خرج
المبيع مستحقا ولم يوجد من المشتري وضع يد عليه لم يكن للمستحق مطالبته
وعلى القول بعدم حصوله للحاكم ان يجبره على اخذه فان امتنع امر الحاكم
من يقبضه عنه كما لو كان غائبا هذا كلام الرافعي ومقتضى ما وجهه
الامام عدم حصول القبض ان الاجبار الحاكم ولا يستنيب من يقبضه
عنه وفي الوسيط عند الكلام في حرب البراءة بالتسليم ان صاحب التقريب
قال للبائع ان يقبضه من نفسه لتصير يده يد امانة وان له ان يدفع ذلك
الى القاضي حتى يودعه تحت يده ثم قال وهو بعيد نعم القاضي وايداعه
اقرب وحكى الامام عنه ان للحاكم ان يبريه من ضمان المبيع فتصير يده
يد امانة وان لم يجد قاضيا فليقبضه البائع من نفسه للضرورة وعلى
ذلك يحمل اطلاق الغزالي الخلاف عنه والمراد بالتخلية ان يحضر عند
المبيع ويرفع البائع يده عنه ويمكن المشتري من التصرف فيه فيقول له
دونك هذا او يدفع اليه المفتاح سواء دخل او لم يدخل لكن يشترط ان لا
يكون ثم مانع شرعي ولا حسي وفي التتمة في باب الرهن ان الدار اذا
كان فيها قماش للراهن وسلم الراهن للمرتهن المفتاح حصل القبض وقال
ابو حنيفة لا يصح ثم قال وهذا الاصح لان كل ما كان قبضا في المبيع كان
قبضا في الرهن وهذا منه يدل على ان القبض في البيع يحصل بذلك وان
لم يحضر المبيع ولا يخرج ذلك على وجه وقيل يخرج على وجه بحضور المشتري
وحده وقيل لا يشترط حضورهما ولا احد منهما وهو الاظهر ثم يشترط مضي

للقاضي

زمان

زمان يمكن المضي اليه فيه على اصح الوجهين وهو المحكي في التتمة
فرع اذا باع الاب مال ولده المنقول من نفسه او بالعكس ففي قبضه
العقد وجهان حكاهما الماوردي احدهما بالنقل والتحويل كما ذكرناه
والثاني بالنية اذا كان تحت يده من غير نقل وتحويل **اخر** اذا باع الجمد
في المجمدة وعلم انه اذا قبل وضعه فيها قبل تسليمه يكون على حسب الامكان
كما في بيع الدار المشحونة قماشا والسفينة المملوءة طعاما وفيه وجه
انه يلزمه تسليمه على حسب العادة والعرف باخذ الجمد منه في كل يوم
وغيرها او قرنين او ثلاثة والصحيح هو الاول حكاه القاضي الحسين في
باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار واعلم ان جميع ما ذكرناه هو فيما
اذا لم يكن المبيع تحت يد المشتري وان كان المبيع جزافا غير مقدر بكيل او
وزن ولا ذرع اما اذا كان المبيع تحت يد المشتري فان كانت يده يد امانة
كيد المودع والمرتهن وغيرهما او يد ضمان كيد الغاصب والمستعير
وغيرهما فان كان المبيع حاضرا كان مقبوضا بنفس العقد ولا يحتاج فيه
الى اذن من جهة البائع وان كان له حق الحبس وفي المتولي انه لما باع
منه مع كون المال في يده فقد رضي بدوام يده وفي التتمة وجه بان
البيع جهة ضمان والمال في يده مضمون فسقط حكم ضمان الغصب وتقرر
ضمان الثمن وفي الحاوي حكاه وجه اخر انه لا بد من النقل والتحويل واذن
البائع اذا كان له حق الحبس فان كان المبيع غائبا فهل يشترط
مضي زمان يمكن المضي فيه اليه فيه وجهان اصحهما على ما حكاه الرافعي
في باب الرهن نعم وهو ما جزم به المحاملي والبندنيجي ثم هل يشترط
المضي اليه فيه ثلاثة اوجه ثالثها المتوقفة بين ما يستقل كالحيوان فيشترط
او لا يستقل كالعرض فلا يشترط وفي التتمة الفرق بين ان يكون مامون
التلف فلا يشترط او غير مامون فيشترط وعلى القول باشتراط

كان

الغصب

المضي هل يشترط النقل والتحويل فيه وجهان لاصحابنا اصحهما نعم
وقطع بعضهم انه لا يشترط وهل يحتاج في التصرف الى اذن البائع على القول
بعدم اشتراط النقل ينظر ان كان له حق الحبس فنعم وان لم يكن له
حق الحبس فلا على الاصح قال الامام والذي يتلوح لنا وهذا انه
اذا لم يحصل القبض حتى يوفر الثمن فينبغي ان يكون في يد المشتري عمايه
البيع بقبضه قبل توفية الثمن واما اذا كان المبيع مقدرا فلا بد مع ما
ذكرناه في الصورة الاولى من الذرع او الوزن او الكيل فلو قبض جزافا
ما اشتراه مكايلة دخل المقبوض في ضمانه وفي صحة بيعه لما تيقن انه له
وجهان احدهما وبه قال ابن ابي هريرة وساعده الجمهور انه لا يصح وقال
ابو اسحق انه يصح ومنهم ما اشتراه كيلا بالوزن او وزنا بالكيل كقبضه جزافا
ولو اقبضه كيلا من غير جنس الكيل الذي اشترطه ولو اشترى منه قفيزا
من طعام وقال له اكتل الذي هو ربع القفيز فوجهان في المال اذا قال
الصاع بالمدعل وجهان في الحاوي وسيأتي في الباب الثاني ان الهروي
حكى ما يقتضي ان المكوك ربع القفيز ولو قال الدافع خذه فانه كذا فاخذه
مصدقا له فالقبض فاسد ايضا حتى يجري الكيل الصحيح ولو كان للبايع على
غيره طعام فقال للمشتري اذهب معي لاقبضه واكاله لك ففعل فهو فاسد
ايضا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان
يعني صاع البايع وصاع المشتري ولو اكتاله البايع لنفسه ثم سلمه
الى المشتري في المكيال ففي صحة القبض وجهان محكيان في تعليق السرخسي
وغيره احدهما لا يصح حتى يفرغه ويبتدي كيله والاظهر وهو قول الاكثرين
ان استدامته في المكيال كابتداء الكيل ثم اذا فرغ واكتيل ثانيا فزاد
زيادة يمكن ان يكون من اختلاف الكيلين فهي للقابض الاول وان
كانت اكثر من ذلك فهي للمقبض الاول وان نقص فنقصه على القابض

الاول

الاول ثم ليس على البايع الرضا بكيل المشتري ولا على المشتري
الرضا بكيل البايع قال الرافعي فان لم يتراضيا نصب الحاكم امينا
يتولاه قاله في الحاوي وظاهر هذا انه لا يدل على انهما لو تراضيا بكيل احدهما
جاز وحكى من يعلق فيما لو نادر المشتري الحنطة ان يكتال من الصبرة
بحقه وجهين اصحهما انه لا يجوز لان الكيل احد ركني القبض وقد صار
نائبا فيه من جهة البائع متاصلا لنفسه والثاني يجوز لان المقصود
معرفة المقدار والقبض هو للبايع ويشترط في صحة القبض ايضا
ان يكون المقبوض مرئيا للقابض فلو لم يره حكى الامام ان بعض
اصحابنا خرجه على الخلاف المذكور في المتعاقد في مجازفة وقال
وهذا فيه فضل نظر فان القبض من غير رؤية يخرج عندنا على بيع
الغائب فان القبض حقا ثبت في الذمة ملحقا بالبيع فحل محله

فرع مونة الكيل الذي يفتقر اليه في القبض على البايع كمونة احضار
المبيع الغايب ومونة وزن الثمن على المشتري ومونة نقد الثمن على البائع
او على المشتري حكى الماوردي فيه وجهان وقد يجر الكلام في كيفية
القبض وحكمه وبقي امران احدهما القابض وهو كل من يصح
منه البيع وقد اشار الى ذلك الغزالي بقوله فلا يعتد بقبض الصبي
فانه سبب ملك او ضمان ولم يظهر له معنى معتبرا ومراده ان الصبي
لا يعتد بقبضه المستحق لان القبض اي فيه سبب ملك اي في العوض
الثابت في الذمة اذا عين او ضمان اي في نقل المبيع المعين من ضمان
البايع الى ضمان المشتري والصبي ليس اهلا للتملك بهذا الوجه وان كان
اهلا لتملك المباحات لانه ليس فيها نقل ملك عن الغير بل افتتاح
ملك وهو محض مصلحة لا ضرر عليه فيه ولا هو اهل للضمان
بهذا الوجه وان كان اهلا لتملك المباحات للضمان بالاتلاف

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

تجبر الغايب وبدل على ذلك تتمه كلامه فانه قال لو قال ان دال
الصبي فادي لم يبرا الا زما في الذمه لا يتعين ملكا الا بعقد صحيح
تمليكا على ما اخذ المنع فيما اذا كان المبيع في الذمه واحترز بقوله
لان ما في الذمه لا يتعين ملكا عما يتعين حقا لا ملكا وهو ما اذا
النقط طعاما ما يجوز له اكله ويعزل القيمه فان زعم لك الطعام
احق بالقيمه وان لم يملكها بل وعلى ذلك الاشكال باقي في موضعه
فرع يجوز لمن له العوض الموجل بيعه وشرطه التوكيل ان لا يكون بدله
بدل المقبوض منه هيه ومسولاته وملبس ويجوز توكيل مكاتبه
موجل عليه الماذون وجماز اصحهما انه لا يجوز الثاني المحل الذي يستحق
الاقباض فيه اذا كان المبيع منقولا فان كان حاضرا لدا العقد
استحق تسليمه في موضع العقد وان كان غايبا فعن حكي الماوردي
انه لا بد من ذكر البلد الذي هو فيه ولا اشترط ذكر البقعه من البلد
بخلاف ما اذا كان المبيع عقارا وجوزنا بيع الغايب فان في اشتراط ذكر
البقعه من البلد وجهين ثم اذا عين البلد فالواجب ان يسلمه اليه فيه
وليس على البايع ان يسلمه في غيره فان شرط المشتري على البايع ان يسلمه
اليه في البلد الذي بيا بعا فيه وهو على غيره لم يجز وكان البيع فاسدا
وهذا الخلاف المسلم فيه لانه مضمون في الذمه وليس يختص بموضع
دون غيره فاستوى فيه جميع المواضع فافتقر الى ذكر المواضع التي يقع
فيها العقد وليس كذلك العين الغايبه لانها غير مضمونه في الذمه وهي
معينه وقد اختصت بموضع هي فيه فلم يجز اشتراط نقلها الى غيره لانه
يصير بيعا وشرطا في معنى بيع ثوب على ان على البايع خياطته وفي
الرافعي في باب السلم ان السلم الحال لا حاجه فيه الى تعيين مكان التسليم
كالمبيع ويتعين مكان العقد لكن لو عين موضعا اخر جاز بخلاف البيع

ان الم

ان المسلم يقبل التاجيل فيجعل شرطا يتضمن تاخير التسليم بالاجل
والاعيان لا تحتمل التاجيل فلا تحتمل شرطا يتضمن تاخير التسليم
ولان حكم المثمن في الذمه حكم المسلم فيه وان كان معينا فهو كالمبيع وان
عين المسلم ولا تختص بمكان العقد ذلك الموضع بعينه في تلك المحله
هذا اخر كلامه وهو مصرح بعدم اشتراط مكان المبيع واستحقاق
تسليمه في مكان العقد وعليه ينطبق كلام المتولي فانه قال اذا كان
المبيع غايبا عن الموضع فمونته احضاره على البايع وان كان حاضرا
ويحتاج في نقله الى دار المشتري الى مونه فعلى المشتري ولا يجب على البايع
الا التخليه وفي تعليق القاضي الحسين في كتاب الرهن انه لا خلاف
في بيع العين وانه لا يحتاج فيه الى تعيين مكان تسليم المبيع ومكان
العقد ايضا لا يتعين واذا اتى البايع بالمبيع اي موضع كان يجبر المشتري
على القبض وفي اي موضع طالب المشتري البايع بتسليم المبيع وقد وفر
الثمن او قلنا يجبر البايع اولا يجبر البايع على تسليم المبيع منه انتهى

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز
اي في العقد جوازه لكونه تبعا في الجا
اعلم ان المذكور من اخر الكتاب من شرائط المبيع خمسة ان يكون طاهرا
منتفعا به مقدورا على تسليمه مملوكا للعاقد وزاد بعضهم او
لمن يقع له العقد ليدخل فيه الولي والعاقد النايب وهو صحيح
لكن يدخل معها الفضولي فان العقد اذا صح منه وقع للمالك
مقدورا على تسليمه معلوما وزاد بعضهم شرطا سادسا وهو
ان لا يتعلق به حق غيره لازمه ليخرج بذلك ام الولد والمكاتب
والموقوف والعبد الذي نذر السيد عتقه على الصحيح وقيل لا
حاجه الى ذلك فان شرط القدره على التسليم يتضمن ذلك وفي
الذخاير على شرائطه تبعا الاول ان يكون العين قابله للبيع

ويحل له وذلك لا يتضمن الطهارة والانتفاع وأن يكون غير محترمة
والثاني أن تكون مملوكة للعاقد ملكاً مستقراً والثالث القدرة على
التسليم والرابع أن تكون معلومة والخامس السلامة من الربا
فيها والسادس الخلاص من مقارنة ما لا يجوز العقد عليه والسابع
أن يؤمن عليها العاهة والبيع أي في هذا الباب من الشروط
السبعة ثم اعلم أن الخامس والسابع وذكر الخامس في الباب الثاني
والسابع في الباب الثالث لكونه أتى به من غير ترتيب قال لا يصح
بيع الأعيان غير الطاهرة فأما الكلب والخنزير والخمر والسرجين والروث
النجس ولا الخمر سواء السرجين والسرقين واحد وهو الزبل ويقال
بكسر السين وفتحها والأصل في عدم جواز بيع الكلب ما روى [illegible] ومسلم
بإسنادهما عن أبي مسعود الأنصاري أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب
ومهر البغي وحلوان الكاهن ومهر البغي وحلوان الكاهن حرامان فكذلك
ثمن الكلب وروى فيه ابن عباس فإن جاء يطلب ثمنه فاملأ كفه تراباً
أخرجه أبو داود فإن قيل روى جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب
والسنور إلا كلب صيد وهذا يدل على صحة بيع كلب الصيد فوجب حمل
ما ذكرتموه من الحديث على غيره جمعاً بين الحديثين فجوابه أن الحديث
موقوف على جابر على الصحيح كما قاله الدارقطني وهو حجة أيضاً على من صار
إلى صحة بيعه فإنه لا يقتصر على كلب الصيد وقيل في معناه ولا كلب
صيد لأنه جاء في اللغة مثل ذلك قال الشاعر

وكل أخ مفارقه أخوه لعمر أبيك إلا الفرقدان

فإن معناه والفرقدان وفي الخمر والخنزير ما روى مسلم عن جابر بن عبد الله
أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بمكة يقول إن الله ورسوله
حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم

الميتة

والبخاري في

أيضاً

فإنه
الميتة يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس
فقال لا هو حرام ثم قال عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لما حرم
عليهم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه وروى البخاري أيضاً
معناه وفي السرجين والروث النجس وما في معناهما من الأعيان
النجسة والمتنجسة ما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال إن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه وذلك
محرم فكان ثمنه محرماً وبالقياس على الجيفة دون جلدها والعذرة
فإن الإجماع منعقد على بطلان بيعها وإن كان في الجيفة منفعة
إطعامها جوارح الطير والصيد وفي العذرة منفعة تسميد الأرض قال
الغزالي ثم الإجماع على ذلك يدل على أنه لا علة لبطلان البيع إلا
النجاسة وقد يجيب عن ذلك ويقال بل العلة عدم المنفعة المقصودة
فإن البيع لا يعتمد مجرد المنفعة بل لا بد فيه من منفعة مقصودة
وهذا النوع من الانتفاع ليس بمقصود وجوابه أن من ذهب
من العلماء إلى صحة بيع الأعيان النجسة راعى فيها مثل هذه المنفعة
فلا جرم حسن الاستدلال به عليه ولا فرق في الخمر بين أن تكون
محترمة أو غير محترمة وفي تعليق القاضي الحسين أنه لو ألقى
العصير وعنا قبيل العنب في الدن بنية الخل فصار خمراً فلا خلاف
في أنها نجسة وهل يجب الضمان على من أراقها وهل يجوز بيعها كان
رحمه الله يحكي فيه وجهين أظهرهما أنه لا يحل البيع ولا الضمان
على المريق كما في المصفى وفي النهاية في كتاب الرهن أن البيع باطل
حتى يرد إلى طهارتها وجواز بيعها واعلم أن ذكر البيع في هذه
الأمثلة ليس لتعداد الصور من غير مزيد فائدة بل المعنى خفي
وهو أن الخنزير والخمر متفق على بطلان بيعها والكلب والسرجين

مختلف في صحة بيعهما عند بعض العلماء وذكر الخنزير لنقاس
عليه الكلب بجامع ما اشتركا فيه من استوائهما في النجاسة
والحيوانية والانتفاع فان الكلب كما هو منتفع به كذلك الخنزير
منتفع به في صلاح الخيل وذكر الخمر لنقاس عليه السرجين
بجامع ما اشتركا فيه من النجاسة والجمادية والانتفاع فان
الخمر ينتفع بها لمصيرها خلا كما ينتفع بالزبل في الزرع وذكر
الزيت النجس ليبين ان الاعيان المتنجسة بالمخالطة حكمها فيما
ذكرناه حكم الاعيان النجسة وذكر الزيت في هذا المقام احسن من
ذكر العسل المتنجس لانه اذا جزم بعدم الصحة في الزيت مع اختلاف
العلماء في امكان تطهيره على ما سنذكره كان ذلك في الذي لا يمكن تطهيره
اولى ثم حيث شرعنا في ذلك فنقول ذهب ابو العباس بن سريج وابو اسحق
الى ان الزيت والشيرج والبزر اذا وقعت فيه نجاسة يمكن تطهيره
وان ذلك جائز وصورة ذلك ان يوضع في اناء فيه قلتان من الماء ثم
يحرك ويثقب اسفل ذلك الاناء فاذا خرج الماء كان ذلك وذهب غيرهما
على ما حكاه صاحب الافصاح وغيره الى عدم امكان تطهيره وقال
الرافعي انه الاظهر وابن ما سنذكره عنه وحكى الجيلي وغيره ان
الخلاف في ذلك مبني على اشتراط العصر في غسل النجاسة فمن اشترطه
قال بعدم امكان التطهير ثم اذا قلنا بعدم امكان تطهيره لم يصح
بيعه عند العراقيين وعند المراوزة فيه وجهان مبنيان على جواز
الاستصباح بالدهن المتنجس وهو على انبنائهما على ان الدخان هل
هو طاهر ام نجس والذي ذهب اليه الشيخ ابو محمد انه نجس كالرماد فانه
نجس على المذهب وروى القاضي ابو الطيب والحسين وجها انه طاهر وان
حكم بنجاسة الرماد قال الامام والذي يظهر لي ان الذي يحض اجزاء

الدهن

الدهن ثم الخلاف في الدخان مبني على ما حكاه الجيلي على ان
النار هل تطهر ام لا والصحيح من المذهب عند القاضي الحسين على
ما حكاه في التعليق ان الاستصباح جائز وهو يوافق ايراد الغزالي
في الوجيز وبه جزم الشيخ في المهذب وقال الاولى ان لا يفعل وكذلك
ابن الصباغ جزم بجواز الاستصباح به وكذلك في شرح التنبيه وفي الرافعي
ان الاظهر عند الاصحاب منع الاستصباح بالزيت النجس وان قلنا بامكان
التطهير والذي ذهب اليه المراوزة جواز بيعه والذي ذهب اليه بعض
العراقيين ان في جواز بيعه وجهين احدهما ويحكى عن ابن ابي هريرة انه
يجوز كالثوب النجس واصحهما على ما حكاه الرافعي وبه قال ابو اسحق انه
لا يجوز ووجهه الرافعي بانه صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الفارة تقع
في السمن فقال ان كان جامدا فالقوها وما حولها وان كان ذائبا
فاريقوه ولو كان جائزا لما امرنا باراقته وهذا الخبر ما يحتج به على
امتناع التطهير والذي حكاه البندنيجي في تعليقه انه يتطهر على هذا
القول ان كان معظم الانتفاع بالمتنجس لم يذهب بالتنجيس كالبزر ونحوه
صح رهنه وجها واحدا فان الاستصباح به جائز في كل حال وان كان
معظم الانتفاع بالمتنجس قد ذهب كالزيت والشيرج ونحو ذلك
فان المقصود منه الاكل وقد ذهب ففي جواز بيعه وجهان فمن طهر
لكن ما ذكرناه من عدم صحة بيع الزيت النجس على الصحيح من المذهب كما
جزم به الشيخ وهو موافق ايضا لما حكاه القاضي الحسين في التعليق
ان الشافعي نص في الاطعمة على انه لا يجوز بيع الزيت النجس وان خرج
فيه وجه انه يجوز وفي ضعف بناء المراوزة الخلاف مع القول
بعدم امكان التطهير على ان ما فيه حرام الاستصباح به او وجه
مخصوص وهذا لا ينسلط على بيعه مع الحكم بنجاسته كالكلب والسر

ثم تخمر الماء النجس خلا لم يطهر النجس عند العراقيين وفي اجراء الخلاف
من حيث ان المقصود الاعظم منه التطهير والشرب وهو ممتنع وفي
الرافعي ان بعضهم اشار الى الجزم بالمنع دون بلوغه الى حد الكرم
ليس بتطهير ولكنه يستحيل من صفة النجاسة الى الطهارة كالخمر
تخلل وهذا اعدل القول بجواز بيعه. **فرع** الصبغ النجس هل يجوز
بيعه فيه وجهان يجريان في الخل النجس لامكان الصبغ به قال
القاضي حسين وهذا الخلاف كالخلاف في الدهن النجس على القول بعدم
امكان تطهيره. **قال** ويجوز بيع الثوب النجس وكذا ما في معناه من
اجر او خشبة او حجر وغير ذلك مما نجاسته بالمجاورة لان البيع
وارد على العين وهي طاهرة وما جاورها من النجاسة يزول عن قرب
وهذا شبه ما قاله البندنيجي في البرز(?) من حيث ان معظم الانتفاع به
باق وهو اللبس ودفع الحر والبرد هذا اذا لم تستره النجاسة
اما اذا استترت عينه فانه لا يصح بيعه وفي الرافعي تخريجه على بيع الغائب
فرع اذا كانت قرية يسكنها المجوس او عبدة الاوثان لم يجز شرا
الذبيحة منها ان لم يكن فيها مسلم او كان فيها حكاه ابن الصباغ وقال صاحب
الذخيرة وكذا لو كان في البلد مسلمون ومجوس لم تحل ايضا الا ان يكون
المسلمون اكثر فيحل. **قال** ولا يصح الا بما فيه منفعة لقوله تعالى لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل وما لا منفعة فيه عن سفه فبذل العوض في
مقابلته سفه فكان من اكل المال بالباطل. **قال** فاما الحشرات
والسباع التي لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها فلا يجوز بيعها
لعدم المنفعة وهكذا الحكم في الطيور التي لا تصلح للاصطياد ولا التفات
الى ما يحصل من جلدها او اجنحتها خلافا عن القاضي الحسين وحكي
جواز بيع السباع لاجل جلودها وهو جار في الحمار الذي تكسرت قوائمه

حتى يكون وان امكن ان يكون فيها مسلم او

ل

وفي الطيور اذا ان في اجنحتها فائدة ومنهم من الحق بالطيور
ورق بان الجلود يمكن تطهيرها ولا سبيل الى تطهير الاجنحة واما
السباع التي تصلح للاصطياد كالفهد والنمر والهرة وكذا ما يمكن
القتال عليه كالفيل فيجوز بيعها لوجود المنفعة المقصودة وفي الفيل
والهرة وجه انه لا يجوز بيعهما حكاه في الحلية وكذا يجوز بيع القرد لانه
يتعلم بالاشارة وينتفع وبيع دود القز جائز ايضا وفي بيع العلق
وليس فيه الا مصلحة مص الدم وجهان اظهرهما الجواز وفي بيع
السم الطاهر الذي لا يستعمل غالبا قليله في الادوية وجهان في الحاوي
وجه الجواز الاعتماد على قبل(?) التجارية ويجوز بيع الزرزور والطاوس
للاستمتاع بصورته وكذا ما يستمتع بصوته واعلم ان الشيخ خص هذا
النوع بما لا ينتفع به بالذكر وان كان تحته انواع لبعض بزعم من بزعم ان في
الحشرات منفعة في الخواص والسباع وهي اقامة الهيبة والسياسة
اذ هذه المنفعة غير معتبرة والا فما لا منفعة فيه شرعا كالات
الملاهي والاصنام اذا كانت بعد زوال صورتها لها مالية لم يجز
بيعها وكذا لو كان له نصل الرصاص مالية على الاظهر عند عامة
الاصحاب وعليه يدل خبر جابر ومنهم من جوز بيعها وراى الامام
الاظهر الجواز اذا كانت متخذة من جواهر نفيسة بخلاف ما اتخذ
من خشب ونحوه وكذا ما لا منفعة فيه لقلته كالحبة من الحنطة
والزبيب وغيرهما لا يصح بيعه ولا نظر الى الغلاء ولا الى ما يوضع في
الفخ لانها ليست منفعة معتبرة وفي التتمة حكاية وجه في جواز البيع على
المذهب لا يجوز اخذ الحبة من صبرة الغير بغير اذنه وان اخذ وجب ردها
بالمثل على الاصح خلافا للقفال وفي بيع الماء على شاطئ النهر اذا قلنا انه
يملك والتراب في الصحراء او الاحجار بين الشعاب الكثيرة وجهان في التتمة

اداء
زمن

واصحهما الجواز فرع بيع الجارية المغنية لما نساويه لولا الغنا
صحيح وبما اكثر منه هل يصح فيه ثلاثة اوجه ثالثها وهو قول الشيخ ابي علي
ان قصد الغنا بطل والا فلا وهذا منزع حكاه الرافعي في كتاب
الصداق على ان مثل هذه اذا غصبت ونسيت الالحان يرد معها
ارش النقص بسبب النقصان وهو وجه حكاه الامام ايضا مع وجه اخر
انه يضمن قيمتها مغنية اذا اتلفت وان كان قد جزم قبيل الكلام في الامة
تغريمها بعينها بانه اذا اتلفها لم يضمن الا مثل قيمتها لو لم تحسن الغنا مع
حكايته الخلاف في جواز بيعها قال والحر بيع ما تعلق به حق ادمي
كالوقف وام الولد والمكاتب اي بصحيح البايع في اصح القولين والمرهون وفي
العبد الجاني قولان قد تقدم في صدر الباب ان هذا ابتدا بحث القدرة على
التسليم لان العجز عن التسليم نوعان حسي وشرعي وهذا من الشرعي وذكر
الشيخ ابطال حق الادمي ليرشدك الى العلة الجامعة فالوقف لا يصح بيعه لما روى
ابن عمر ان عمر اصاب ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم يستامره فيها
فقال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر على انه لا
يباع ولا يوهب ولا يورث وام الولد لا يصح بيعها لما روى عبد الله ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد وفي القديم حكاية قول انه
يجوز بيعها متمسكا بما روي عن علي ويعتق بموت سيدها وقيل لا
يعتق بموته حكاه الخراسانيون وهو الى كلام الشيخ اقرب اذ لو لم يكن
كذلك لما كان فيه ابطال حق الادمي الا ان يقال الولا على الورثة وزاد الامام
في كتاب الرهن في الحكاية عن القديم ان المستولدة لا تعتق اصلا وان
بقيت في ملك المستولد الى الموت وسبيل ذلك سبيل الاستخدام ولو حكم حاكم
بصحة بيعها فهل ينقض حكمه على الجديد قال الشيخ ابو علي في الشرح يحتمل
قولين بناء على ان العصر الثاني اذا اجمعوا على احد القولين بعد انقراض العصر

الاول

الاول على الخلاف يصير المسالة مجمعا عليها وفيه قولان اصحهما
انه لا يصير اجماعا فعلى هذا لا ينقض والمكاتب لا يصح بيعه في الجديد
لانه كالخارج عن ملك السيد ولهذا لا يرجع ارش الجناية عليه اليه
فاشبه ما لو باعه ولان عقد الكتابة وارد على الرقبة بالنجوم فلو صح بيعها
لاجتمع عليها عقدان يقتضيان نقل الملك فيها بعوضين وذلك لا يعقل
والقديم انه يصح لما سياتي من قصة بريرة ولان عتقه غير مستحق فاشبه بيعه
كالمدبر والمعلق عتقه بصفة فعلى هذا هل تنفسخ الكتابة الذي حكاه
الطبري وابن الصباغ انها لا تنفسخ ويكون الولاء للمشتري وفي المهذب حكاية
وجهين احدهما تنفسخ والثاني لا تنفسخ حتى لو ادى النجوم الى المشتري
يعتق ويكون الولاء للبايع كما لو مات السيد فادى النجوم الى الورثة والمرهون
لا يصح بيعه لان المقصود من الرهن الاستيثاق الى حين قضا الدين فلو
صح بيعه قبل ذلك لبطلت فائدة الرهن وابدى الامام احتمالا في صحة بيعه
موقوفا ومن بيع المفلس ماله قبل فك الحجر ويلتحق بالمرهون كل عين يثبت
لمن في يده حق حبسها ليستوفي ما وجب له بسبب العمل فيها كالصباغ
اذا صبغ الثوب فانه لا يصح بيعه قبل قبضه للاجرة وكذا القصار اذا
قلنا ان القصارة بمنزلة العين وان قلنا انها اثر فلا حق له في حبسها فيجوز
له بيعه قبل قبضه ويلتحق بذلك ايضا ما اذا استاجر صباغا ليصبغ له
ثوبا وسلمه اليه فليس له بيعه ما لم يصبغه وكذا لو استاجر قصارا
على قصره فليس له بيعه ما لم يقصره وكذا لو استاجر صايغا على عمل
ذهب ونظاير ذلك كما لو صرح به المتولي في غيره لان له حبسه الى ان يعمل
فيه ما يستحق به العوض وعليه يخرج ما قيل في بيع الاشجار المساقا
عليها انه لا يصح لان المساقاة عقد لازم وقد استحق العامل ان يعمل فيها
ما يستحق به اجرا وبعض الناس يقول كان يتجه ان يتخرج على بيع الاعيان المستا

جرة

من جهة ان العامل قد يستحق جزءًا من الثمن التي يقتضي العقد ان يكون للبائع ويغفل عن ملاحظة هذا الاصل د **قاعدة** هذه مما يسال عن بيان ما في بيع المحاربة من ابطال حق الادمي على القول بانها لا تصح وهو الصحيح ويجاب عنه بان فيه ابطال حق المولى على العبد فيه وهذا السوال غير متوجه على ما صورنا به كلام الشيخ من ان المحارب مقطوعه وعلى تقدير ان يكون مكسوره فالجواب عنه صحيح على قول صاحب التلخيص وعلى قول ابن الصباغ فقد يورد عليه جواز بيع المدبر مع ان فيه ابطال مثل هذا الحق وقد يقال ان ذلك لان الكتابة تثبت للعبد استقلالا لاجل لا يجب عليه امتثال ما يامره به السيد فلو صح بيعه لاقتضى ايجاب التسليم وهو لا يحصل الا بان يستطيعه فيستولي بانه حاق رناه وذلك يبطل ما حصل له بالكتابة من الاستقلال فان قيل لو كان هذا هو المانع لوجب ان لا يصح بيع البعض المشاع فانه لا يمكن تسليمه الا بتسليم الكل وهو يودي الى ابطال حق الشريك من الاستقلال بالتصرف وعلى منه ومع ذلك يصح بيعه ويجبر الشريك على تسليم حصته ليستقر العقد وذلك يدل على عدم مراعاة ما ذكرتم **قلت** يظهر الفرق ان في مسالة الدار لا غاية تنتظر فلا يحصل بتاخير البيع مثل ذلك الضرر مع انه الذي ادخله على نفسه فانقطع الالحاق د

قال وفي بيع العبد الجاني قولان اي جناية تتعلق الارش برقبته قولان احدهما وهو اختيار المزني انه يصح لان الجناية ان كانت توجب القصاص فهو يرجى سلامته ويخاف تلفه فلم يمنع ذلك من بيعه كالعبد المريض وان كانت خطا فانها تتعلق برضا السيد فلا يكون سببا للحجر عليه في ملكه ولان هذا الحق غير مستقر في رقبة العبد فان السيد بالخيار بين التسليم والفداء فلا يمنع البيع كما لو باع عبدا بشرط الخيار ثم باعه فانه يصح والقول الثاني انه لا يصح بيعه وقيل انه ظاهر المذهب فان الشافعي قال

فان الشافعي قال وبهذا اقول ووجهه انه حق لادمي تعلق برقبته العقد فيمنع صحة بيعه كالرهن بل اولى لان الجناية تقدم على الرهن في والقصاص لصاحبه العفو على المال فهو كجنايه الخطا ويخالف العبد المريض في ذلك وثبوته بغير اختياره واكراه وان شبه البيع بشرط الخيار لان البائع يملك اسقاط حق المشتري وها هنا لا يسقط حقه وانما توفيه حقه بالفداء فهو كايفاء الدين الذي به الرهن **قال** وقيل ان كانت الجناية خطا لم يجز بيعه واحدا كالمرهون وانما القولان في جنايه العمد وتوجيههما ما تقدم وبعضهم بناها على القولين فيما يوجبه العمد فان قلنا القود عينا صح والا فلا وهذا الامام قد نسب بعض اصحابنا تخريج القولين على قولنا موجب العمد القود لان المالية ثابتة ضمنا ولهذا قلنا يستحق القصاص يرجع الى المال دون رضى من عليه القصاص وهذا ما يقتضيه كلام الغزالي في بسيطه فانه قال فيه خلاف مرتب على ان موجب العمد ماذا **قال** وقيل ان كانت الجناية عمدا جاز قولا واحدا كالعبد المريض المدنف والمرتد وانما القولان اذا كانت الجناية خطا وتوجيههما ما ذكرناه وهذه الطريقه اصح عند الشيخ ابي حامد وراويه المحاملي والبندنيجي والاولى عند الغزالي من القولين صحة البيع والاظهر والاصح عند غيره عدم الصحة وفي المرتد حكاية وجه في الوسيط انه لا يصح بيعه وهو الاظهر في بيع المتحتم قتله بالمحاربة وقد حكاه ابن الصباغ والبندنيجي في المحارب تفريعا على القول بصحة بيع الجاني وهو ما جزم به المحاملي وكان القياس يقتضي ان يكون الصحيح صحة بيعه وان منع بيع الجاني كما هو في المذهب لان القتل متحتم فلا نظر الى التعلق المال برقبته ولا يقال هذا مستحق الهلاك فلا منفعة فيه فيبطل بيعه لان لذلك زمنه منفعة مقصودة وهي العتق وما قال ابن عصرون من ان جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه

بدليل الابق والمجهول لا يرد علينا الا ان فيه فقد شرط اخر ولا خلاف في صحة بيع من يعلق ارش الجناية برقبته او استحق قطع طرفه في السرقة لا تنفاء ما اشار اليه الشيخ من العلة وهي ابطال حق الادمي ومن الطرق الاولى تصحيح بيع العبد الزكوي لانه بمنزلة اذا اجني على شي باذن سيده وقيل لا يتعلق الجناية به اصلا كما سنذكره وجها في كتاب الرهن وراء ما ذكرناه امران اخران احدهما حكي المتولي ان بعض الاصحاب خرج قولا بالتام في بيع العبد الجاني انه يكون موقوفا على الفداء فان فداه نفذ والا فلا والثاني قال في التهذيب ان التزم السيد الفدا قبل البيع صح بيعه وان باعه قبل التزام الفداء وهو معسر فلا يصح وبما اجاب به في المعسر قال الماوردي ايضا وهذا الذي صححه الامام في كتاب الرهن وان كان موسرا فمحل الخلاف السابق. التفريع على القول بصحة البيع اذا قتل في يد البائع قبل التسليم قتل قصاص او حدا انفسخ العقد وان قتل في يد المشتري وكان جاهلا بالجناية او ردته فوجهان احدهما وبه قال ابن سريج وابن ابي هريرة يرجع عليه بارش ما بين قيمته ولا جناية وقيمته مع الجناية لان ذلك حصل بسبب جرى في يد البائع فكان كما اذا اشترى عبدا ظهر به علة عند البائع ثم مات منها في يد المشتري فانه يرجع بالارش والثاني وهو المذهب في الشامل وظاهر نص واختيار ابن الحداد وابي اسحق انه ينفسخ العقد ويرجع عليه بجميع الثمن لان تلفه كان لمعنى استحق عند البائع فاشبه ما لو تلف في يده ويفارق العبد المريض ان سلم الحكم فيه فانه يتلف بزيادة مرض حصل في يد المشتري ولم يوجد مثل ذلك هاهنا اما اذا منع الحكم فيه وقيل بانه يجب تمام الثمن ايضا كما حكاه القاضي الحسين وجها وطرده فيما اذا اصابته جراحات سارية فقد استوت المسألتان.

وان كان عالما

وان كان عالما فعلى الاول لا شي له وعلى الثاني وجهان احدهما يرجع بجميع الثمن والثاني لا شي له وهو ما اختاره ابن الصباغ واذا احتصر فلكل في الرد طريقان احدهما انه كالعيب في حال الجهل والعلم والثاني كالمستحق فيهما والقائل بالاول قال السلمي وهو مذهب الشافعي انه كالمستحق مع الجهل بالحال وكالعيب مع العلم به واذا آل الامر الى المال اما بالعفو او لكون الجناية خطا او عمد خطا فالسيد فداه وهل الحجر عليه بجعل باقدامه على البيع ملتزما الفدا فيه وجهان ظاهر النص منهما وهو الذي رجحه ابن الصباغ عدم الوجوب فيفديه على هذا باقل الامرين من قيمته وارش الجناية قال المحاملي والشيخ قولا واحدا وعلى الوجه الاخر بم يفديه فيه وجهان احدهما كما تقدم والثاني بارش الجناية بالغا ما بلغ والفرق انه على هذا القول يخير بين الفداء والتسليم وربما حصل زبون يشتريه بنقد بارش الجناية وعلى الاول قد تعذر التسليم عليه فلم يعتبر المبيع فصار كما لو اعتقه او قتله واجرى الماوردي الخلاف على الوجهين معا مع جزمه بانه اذا اعتقه لا يلزمه الا اقل الامرين وحكى الرافعي في الفصل الخامس في تزويج العبد عن الامام ان من الاصحاب من اجرى هذا الخلاف فيما اذا قتله والصحيح الاول وعلى تعذر الفداء اما باعسار السيد او هما طلبته مع عسر الاخذ منه او سفره على القول بوجوبه كان للمجني عليه فسخ البيع ليستوفي حقه. فرع اذا اشترى عبدا قد استحق قطع طرفه ولم يعلم به فقطع في يده كان له الخيار على المذهب بين الامساك والرد وعلى راي ابن سريج يتعين له الارش. اخر اذا اعتق السيد العبد الجاني فعتقه ينبني على نفوذ بيعه فان نفذناه فالعتق اولى والا فالمذهب انه على الاقوال في عتق الراهن وقطع

السبب بالعفو اذا كان موسرا وبعدمه اذا كان معسرا وفرق
بينه وبين المرهون بانه في حالة اليسار فاذا لم ينقل حق المجني عليه
الى ذمته باختياره فلا كما اذا اعتق ينقل الحق الى قيمته وفي الرهن
الى خلافه وفي حال الاعسار بان حق المجني عليه متعلق بالرقبة ولا تعلق
له بذمة السيد وحق السيد متعلق بهما جميعا فنفوذ الاعتاق
هاهنا يبطل الحق بالكلية وفي الرهن غايته قطع احد التعلقين وفصل
الماوردي فقال ان كانت الجناية موجبة للقصاص نفذ عتقه موسرا كان
او معسرا وللمجني عليه ان يقتص منه بعد الحرية وان كانت الجناية موجبة
للمال فان كان موسرا نفذ والا فلا وحكم استيلاد الجارية حكم عتقها

فائدة ارش الجناية اذا تعلق برقبة العبد ان كان بقدر قيمته او
اكثر فلا اشكال في انه يتعلق بجملة رقبته وان كان اقل فهل يتعلق بجميع
الرقبة او بقدره منها فيه خلاف اشار اليه الغزالي عند الكلام في
ان الزكاة هل تتعلق بالعين او بالذمة واذا تعلق الارش بجميع الرقبة
فابراه المجني عليه من شيء منه فهل ينفك من العبد بقدره حكى الرافعي في
الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنايات اذا جنى عبد على حر
وعفا المجني عليه ومات فان اجاز الورثة فذاك والا نفذ في المبلغ انفك
ثلث العبد عن تعلق الارش واشار الامام فيه الى وجه اخر ان شيئا
من المرهون لا ينفك ما بقي من الدين شيء والظاهر الاول انتهى فيتجه
جريان مثل ذلك هاهنا واذا قلنا ارش الجناية يتعلق بذمة الجاني
مضافا الى رقبته فهل يملك المجني عليه فك الرقبة عن التعلق ورد الحق
الى الذمة خاصة كما يملك المرتهن فك ~~الرهن عن التعلق~~ الرهن فيه
وجهان حكاهما الرافعي عن الامام في باب العفو عن القصاص

قال ولا يجوز بيع ما لا يملكه الا بولاية او نيابة عنه بالولاية جميع

الاب وان علا

الحق

-٩-

الاب وان علا والوصي والحاكم يدل عليه قوله من بعد فان بلغ
الصبي وادعى انه باع العقار عليه من غير غبطة ولا ضرورة فان كان
الولي ابا او جدا فالقول قولهما وان كان غيرهما اي الولي بالوصية
والنيابة بيع الوكيل والدليل على اعتبار ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم
ابن حزام لا تبيعن ما ليس عندك رواه على عمومه وما روي عن ابيه عن عامر
او عامر بن ... انه صلى الله عليه وسلم قال لا بيع الا فيما تملك ولان بيع الا
غير صحيح مع كونه مملوكا لعدم القدرة على التسليم فبيع ما لا يملكه ولا
قدرة له على التسليم اولى وهذا هو الجديد الذي لا يعرف العراقيون غيره
على ما حكاه الامام ومن تابعه وحكوا عن القديم انه ينعقد ويكون
موقوفا على اجازة المالك فان اجاز نفذ لاذ ذاك واستعقب الملك و
يحكم بتقدير الملك عليها تبينا وان رد لغا ومحل الاجازة من يقوم مقام
المالك من ولي ان كان المالك محجورا عليه دون اجازة المحجور او ملكه البايع
ثم اجاز كما حكاه الشيخ ابو محمد وقد حكي عن العراقيين ايضا هذا القول المحكي
في اللباب وحكي هذا واستدل له بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى
عروة البارقي دينارا ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع
احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فقال عليه السلام بارك الله لك
في صفقة يمينك قال الماوردي فكان لو اشترى ترابا لربح فيه ووجه
الدلالة منه انه باع الشاة الثانية من غير اذن واقره عليه السلام
على ذلك واجاب من قال بالاول عن هذا الحديث بانه مرسل ولو صح
فلا دلالة فيه لاحتمال ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم رد الامر فيه الى رايه
ويؤيده ان القائل ببيع الفضولي لا يجوز له التصرف فيما يبيعه وعروة
عقد تصرف فيه بالاقباض وقبض الثمن والقولان جاريان على ما حكاه
الامام في كل عقد يقبل الاستنابة كالاجارة والهبة والعتق

وان غيرهما

وكان فيه

الاجازة عليه اذا بلغ

ملي

وابن الصباغ وكذا

والنكاح والطلاق وغيرها واما الشرا للغير بغير اذنه فان تعين ماله
فعلى القولين لا محالة وان كان في الذمة فقال العبدري بعض المحققين وعلى الجديد
ان لم يسم المشترى له وقع عن نفسه وكذا على القديم اذا رد وان اضافه
الثمن الى نفسه فهو كما لو اشترى له بعين ماله ولم يكن اذن له والخلاف فيه
التسمية وهل يقع عنه ام يبطل من اصله فيه الوجهان وان كان قد اذن له
فهل تلغو التسمية ايضا فيه وجهان فان الغيناها فالحكم كما تقدم والا فقد
وقع عن الاذن والثمن المدفوع يكون قرضا ام هبة فيه وجهان **فائدة** هذه
المسئلة على القول القديم تلقب بوقف العقود وهذا اللقب ينتظم معها
مسئلتين احداهما يأتي ان شاء الله تعالى في باب الغصب وهي اذا غصب اموالا
وباعها وتصرف في اثمانها والثانية اذا باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو
ميت وبان انه المالك له ففي صحة البيع ولزومه قولان نقلهما العراقيون
ونقلهما المراوزة على ما حكاه الامام وحكى السنجي الخلاف في كتاب العبد
وجهين وان اصلهما القولان فيما اذا كاتب عبده كتابة فاسدة ثم اوصى به وهو
يعتقد صحة الكتابة فان في صحة الوصية قولين ووجه الصحة صدوره من
المالك ووجه البطلان ان عقد العقد وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق
والتقدير ان كان مورثي قد مات فقد بعتك وايضا فانه كالعابث لاعتقاده
ان المبيع لغيره قال الرافعي ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف بالخلاف في ان
بيع الهازل هل ينعقد وفيه وجهان وقال ان الخلاف يجري فيما اذا باع
العبد على ظن انه ابق او مكاتب فاذا هو قد رجع او فسخ الكتابة وفيما اذا
زوج امة ابيه على ظن حياته فاذا هو قد مات واجراهما ابن الصباغ فيما اذا
كان له على رجل مائة درهم وهو لا يعلم بها وابرأه من مائة على ما حكاه في
كتاب الصداق وجرى ايضا فيما لو اعتق عبد الابيه على هذا الظن لكن
الصحيح فيه النفوذ لانه يقبل صريح التعليق فبتقدير التعليق اولى وحكاه
[illegible]

الرافعي

الرافعي في اول كتاب نكاح المشركات ويجري ايضا على ما حكاه الامام
في كتاب النكاح فيما اذا قال ان كان ابي قد مات فقد بعتك ماله لكنه
موقوف اولى بالبطلان وكذا يجري فيما اذا باع مال ابيه على انه مال
نفسه ثم بان ان اباه قد مات قبل البيع بل الصحيح هو لو اوجدا ذا حكاه
الامام عن شيخه في باب مداينة العبيد قال وهذا الذي ذكره مع
حسنه محتمل واعلم ان ظاهر ما حكيته عن الامام يقتضي ان قول
البطلان هو الجديد وقول الصحة هو القديم وقوله ان قال بعد ذلك
وللشافعي في الجديد تردد من القولين في هذا النوع لكنه حكى في اول
الوكالة ان القولين نص عليهما الشافعي في الجديد وقد حكى ان اصح القولين
منهما قول الصحة وعن المهذب في كتاب الرهن ان المنصوص بطلان العقد
قال ولا يصح بيع ما لم يقبضه ملكه عليه كالمملوك بالبيع والنكاح وغيرهما
من المعاوضات اي كالاشتراك والتولية والصلح والاجارة والخلع قبل
القبض فقد تقدم في الباب الاول من الاحاديث ما يدل على منع بيع المبيع قبل
قبضه واختلف الاصحاب في المعنى الذي لاجله منع فمنهم من قال ضعف الملك
فانه متعرض للسقوط بالتلف وهذا قول اهل العراق ومنهم من قال لئلا
يؤدي الى توارد الضمانين الواجبين في ان واحد بمملوك لشخصين على التمام
وذلك محال وبيانه ان المبيع اذا تلف قبل القبض تبينا انتقاله الى ملك
البائع قبيل التلف فلو جوزنا بيعه لكان له بايعان فيصير مضمونا
للمشتري الاول على البائع بحكم عقده ومضمونا عليه للمشتري الثاني بحكم
عقده فيلزم ما ذكرناه وهذا المعنى من قول الفقهاء توالي الضمانين
واستبعد الرافعي هذا التعليل وجعل الاعتماد على الاخبار وهو قريب
من كلام الامام فانه جعل الغالب على هذا التعبد واما عوض النكاح
وغيره فلانه مملوك بعقد معاوضة فلم يملك فيه التصرف قبل القبض كالمبيع

وفي الصداق قول قديم رواه المراوزة انه يجوز بيعه قبل قبضه ومحل
الاشعار فيه كتاب الصداق فليطلب منه وهذا القول اجراه الامام
والبغوي في بدل الخلع والصلح عن دم العمد وحمله الماوردي وجها مخرجا
في الصداق وبدل الخلع من القول بانهما اذا تلفا رجع بقيمتهما وخصه
القاضي الحسين والتحليق في دم العمد اذا قلنا ان موجبه القود عينا او
احد الامرين وصرح بالمصالحة عن القود اما اذا صرح بالمصالحة عن الدية
فلا يجوز التصرف فيه ان جوزنا مثل هذا الصلح لانه مملوك بمعاوضة او قال
صالحتك عن موجب هذا القتل وصححنا هذا الصلح وهو الاظهر فلا يجوز ايضا
التصرف فيه قبل القبض اجتنابا طاعن المذهب وفي الاسترداد والتوليه وجه حكاه
السنجي ابو علي عن بعض الاصحاب كجمعه بيلا يجوز ولا فرق فيما ذكرناه بين ما بيع
مكايلة او موازنة او جزافا وفي تعليق القاضي الحسين ان في حرملة حكاية عن الشافعي
في الكثير ان بيع المبيع قبل القبض جائز الا ما بيع مكايلة او موازنة فانه لا يجوز
بيعه قبل الكيل والوزن ولا بد ان يكون قد صدر من البائع او غيره كما تقدم (عليه ح)
ذكره على الصحيح من الوجهين ومحلها اذا كان الثمن من جنس اخر او اقل او اكثر
من الاول وان كان مثل الاول ففيه خلاف مرتب على الصورة الاولى واولى بالجواز
قال القاضي الحسين ويرجع حاصل هذا الخلاف الى ان الاعتبار باللفظ او بالمعنى
فان اعتبرنا اللفظ اجرينا الخلاف السابق وان اعتبرنا المعنى جوزناها هنا
لان هذا العقد معناه الاقاله وهذا ما حكاه في التتمه وسيأتي مثله عن
ابن سريج في باب السلم ان شاء الله تعالى ولا يستثنى من ذلك الا اذا اشترى من
مورثه شيا ولم يقبضه ثم مات المورث فانه يستوعب ميراثه صح بيعه قبل
قبضه لانه صار في يده شرعا سواء كان على المورث دين او لم يكن وان انتقل (ان و)
اليه نصفه مثلا ملك بنصفه التصرف في نصف المبيع والمقاسمه اذا (على ح)
قلنا انها بيع فانها تصح ايضا قبل القبض لان الرضا فيها غير معتبر لان

الشريك

الشريك يجبر على ذلك واذا لم نعتبر الرضا جاز ان لا يعتبر القبض
كما في الشفعه كذا حكاه المتولي وقياسه على الشفعه بناء على الصحيح
وهو ما جزم به في المهذب وان لا فهو وجه خفي وجها انه لا يجوز **تنبيه**
اقتصار الشيخ على منع عقد المعاوضه في المبيع قبل قبضه مؤذن بان سائر
التصرفات بخلافه وكذلك ان الحيا في غيره اما التوقف واما الجواز وهو
وجه حكاه الاصحاب وبه جزم الماوردي في العتق والوقف والصدقه
والقاضي الحسين في الهبه والرهن والتزويج من الاصحاب وخص في الهبه منه
وجهين وابن خيران في الكتابه على ما حكاه في الحليه عند الكلام في بيع
المسلم فيه وهو مناقض لما نقل عنه في منع العتق وقد حكاه الماوردي (ح الارث في)
عن غيره في الكتابه والامام صححه في الاجارة وورا ذلك مقالات للاصحاب (ان ع)
منها العتق اذا صادف وللبائع حق الحبس فمنهم من خرجه على عتق
الراهن ومنهم من نفذه وهو الصحيح والفرق ان الراهن حجر على نفسه
في حق الوثيقه فيه وهذا لم يحجر على نفسه وحق الوثيقة فيه ضعيف
ولذلك يسقط بالاعارة كما سنذكره ان شاء الله تعالى ومنها الوقف
ان اعتبرنا القبول كان كالبيع وان لم نعتبره فهو كالاعتاق والهبة وال (رهن)
ادعى الرافعي انهما ملحقان بالبيع عند عامة الاصحاب سوى الغزالي
وفي النهايه الجزم في الهبه بالصحه بعد توفيه الثمن وحكاية الخلاف
قبله وقال الاظهر ان للبائع ان يمتنع من التسليم اذا اثبتنا له
حق الحبس وقال في الصحه ان حق البائع اذا زال وقبضه المشتري لا
يحتاج الى تجديد عقد وقال الماوردي الخلاف فيها ماخوذ من اختلاف (ف)
قول الشافعي في انها تلزم فيها المكافاه ام لا فان قيل ان المكافاة (هل في)
يلزم لم يصح وان قلنا لا تجب فيها المكافاه صحت وقطع في الرهن بالمنع (ان ع)
اذا كان محبوسا بالثمن واجرى الخلاف عند عدم الحبس وفي الرافعي

ان الاصح في الاجاره عند المطالبة المنع وان الخلاف مبني على ان عقد الاجاره يرد على العين او المنفعه فان قلنا يرد على العين لم يجز وان قلنا يرد على المنفعه جاز والتزويج صحيح عند الخطيب واشار الامام الى وجه فارق بين ان يكون للبايع حق الحبس فلا يصح والاصح وهو جار في الاجاره اذا انعقدت الملك وادا صححت هذه التصرفات فهل يحصل القبض اما في العتق والوقف والصدقه اذا كان المبيع جزافا فنعم حتى لو لم يرفع يده عن الموقوف والمتصدق به يصير مضمونا عليه بالقيمه صرح به الماوردي وان رفع يده عنه برئ واما الهبه والرهن فنفس العقد ليس بقبض فان قبضه المشتري من البايع وسلمه الى المرتهن والمتهب فقد حصل الغرض وان اذن لهما حتى قبضاه ففي التهذيب انه يكفي وتم به البيع والهبه والرهن وقال الماوردي ان عين الذي يسلم ان قصد قبضه للمشتري صح له وافتقر الى استيناف قبض للهبه وان اذن له ان يقبضه لنفسه لم يصح وان قصد قبضه لنفسه فلا يصح قبضه للمشتري ولا للهبه ويكون البايع ضامنا للعين وبالثمن والمشتري بالقيمه اذا تلفت في يد المتهب وهل المتهب ضامنا بالقبض فيه وجهان وما ذكره مباين لما حكاه في باب اختلاف المتبايعين فانه قال لو اجر المشتري المبيع قبل القبض عن الثمن كان للبايع ان يمنع المستاجر منه لان تمكين المستاجر منها تسليم الى المشتري والتزويج ووطء المشتري لا يكون قبضا عن جهة البيع ووطء المشتري بعد رفع يد البايع قبض صرح به الماوردي **فرع** هل ينفذ تصرف المشتري في الزوائد الحاصله من المبيع قبل القبض فيه وجهان ينبنيان على ان الفسخ لو وقع رفع العقد من اصله او من حينه ان قلنا الاول لم يصح والاصح الصحه **قال** فاما ما ملكه بالارث او كان للموروث ملك التصرف فيه او الوصيه او عاد اليه بفسخ عقد جاز له بيعه قبل القبض لان ملكه عليه مستقر فاشبه المبيع بعد القبض ولا

العقد لا اعرف في العود اليه بفسخ عقد بين ان يكون الثمن في جهته ام لا كما صرح به المحاملي عن ابن سريج تبعا لما اذا كان البيع فاسدا ووجهه بان صاحب العين المبيعه لم يدفعها اليه على سبيل الرهن وانما دفعها اليه مبيعا فاذا فسخ البيع ارتفع ما بينهما من التبايع وصار كانه لم يبعه فصار حينئذ سائر امواله لا يجوز حبسه وفي التتمه ان الثمن اذا كان في جهته لم يجز له البيع قبل توفيته وهو قريب مما حكاه الغزالي في الوسيط في باب الغصب عن القاضي عن نص الشافعي في غير المختصر فيما اذا اشترى شراء فاسدا ان له حبس المبيع الى ان يرد عليه الثمن **تنبيه** قول الشيخ او الوصيه يشمل ما اذا قلنا انه يملك الوصيه بالقبول او بالموت ويتضمن منع التصرف بعد الموت اذا قلنا انه لا يملك به على ان القاضي الحسين في التعليق حكى في هذه الصوره وجهين بناء على ان القبول يحصل في ضمن البيع او لا والذي جزم به الماوردي انه لا يصح قبل القبول مطلقا وقوله او عاد اليه بفسخ عقد يشمل ما يكون العين فيه مضمونه عند من هي تحت يده كالثمن والمبيع وراس مال السلم اذا كان باقيا وغير ذلك مما هو في معناه وما اذا لم يكن مضمونه كالعين الموهوبه للولد اذا رجع فيها الاب والمرهونه بعد فك الرهن والمستاجر بعد انقضاء مدة الاجاره اذا منعنا بيع المستاجر وذلك ينبني على جواز التصرف في كل عين تحت يد الغير امانه كالقراض والشركه والمال في يد الوكيل وغير ذلك او مضمونا لا بطريق المعاوضه كالمغصوب والمستعار والمستام اما اذا كان راس مال السلم دينا فاعل الفسخ فقد صار دينا في الذمه وحكم بيع الدين سيأتي في الفصل الذي بعده وحكى ابن الرفعه ان الاب ليس له بيع ما رجع عنه من هبته لولده وهو غريب وما ذكره الشيخ ومنها

اذا اخرج السلطان رجل حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعي انه
يجوز بيعه قبل القبض فمن الاصحاب من قال هذا اذا افرزه بدلا
السلطان ويجوز بدل السلطان بدل المفرز له ومنهم من لم يكتف
وحمل النص على ما اذا وكل وكيلا بقبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل
والا فهو بيع شيء غير مملوك وهذا ما اورده القفال في الشرح
ومنها بيع احد الغانمين نصيبه على الاشاعة قبل القبض صحيح اذا
كان معلوما كما اذا كانوا خمسة والخمس لاهل الخمس ولهم الخمسة اربعة
اخماسها ومنها بيع غلة الوقف عليه صحيح قبل قبضه ومنها بيع
الصيد الذي ازمنه او وقع في شبكته صحيح ومنها اذا كان له في ذمة
انسان دنانير متفرقة يصح بيعها منه قبل قبضها بدراهم على ما سنذكر
ان شاء الله تعالى من الفصل قال ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه
كالطير الطائر وان كان من عادته العود والعبد الآبق وان عرف
موضعه وما اشبههما كالجمل الشارد والفرس العائر والسمك في الماء
والعبد المنقطع الخبر وانواع ذلك ووجهه ما روى ابو هريرة وابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وروى مسلم عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الغرر وحقيقة الغرر ما تردد بين جوازين متضادين الاغلب
منهما اخوفهما كذا قاله الماوردي وغيره وعبر عنه بانه الذي يطوى
عنا عاقبته ومنه اغر الثوب ومطاوي الثوب اي غيره اي طيه
وفي كل ذلك موجود مما ذكرناه وقد روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الآبق وفي ذلك امور اخر احدها حكى الماوردي والمحاملي وغيرهما
عن تخريج ابن سريج في النحل وجها انه يجوز بيعه خارج الكوارة اذا كانت
معلومة وفرق الماوردي بينها وبين غيرها من الطيور بانها اذا
حبست عن الطيران تلفت لانها لا تقوم الا بالرعي ولا نفع فيها

في الحفظ

الاعند

الا عند الطيران لترعى ما تستخلف من العسل وليس كذلك ما
سواها الا ان جنسه يملك ومنفعته مع الحبس حاصلة وحكى
الامام في غيرها اذا كانت عادته العود صحة البيع كالنحل
والاكثرون على الاول وهو ما جعله الغزالي الاظهر وحكى ايضا
فيه وجها فيما اذا كان في دار فتحها يعلم حصول اليد بعد عسر
وهو جار في السمك من تخريج ابن سريج ولو كان في بركة وقد شاهده فلا يصح
البيع قال الماوردي وقد غلط بعض اصحابنا فخرجه على بيع الغائب
وهو غلط لعدم القدرة على وصفه ومقتضى هذا انه اذا علم قدره
ووصفه ان التخريج يتجه كما صرح به الرافعي واحسن بعض الاصحاب
فقال في العبد الآبق اذا عرف مكانه وعلم انه يصل اليه اذا رام
الوصول فليس له حكم الآبق وابدى الامام في جواز بيع المنقطع
الخبر مع اتصال الرفاق وعدم اخباره في البحث عن الكفارة كما هو
احتمالا في جواز بيعه قال ومما يجب ذكره انا اذا منعنا البيع فليس
بيعا العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع وان كان يلتفت على الوقف ولكن
اذا بان الامر كان البيع مستندا الى الملك والتمكن من التسليم فظن
التعذر لا يبقى اثره مع تبين خلافه وكان في المعاملات يضاهي صلاة
الخوف مع سواد الحسبه عدوا ثم يتبين خلافه هكذا حكاه في
باب اللقيط ومن هذا القبيل بيع المغصوب الذي لا يقدر على انتزاعه
لا يصح بيعه من غير الغاصب ويكفي في ذلك غلبة الظن لا التحقيق ويصح
بيعه منه وممن عنده اذا كان البائع او المشتري يقدر على نزعه عند
البيع في المطلب والماوردي وابن الصلاح والمحاملي هو الصحيح عند
غيرهم لكن يثبت للمشتري الخيار ان كان القادر على تحصيله وقد جهل
الحال عند الشراء وكذا اذا علم وعجز لضعف طرأ عليه او قوة طرأت

جملة

منه م
هو في
ث

للغاصب ولو ادعى البايع انه قادر على الانتزاع فالقول قول المشتري
مع يمينه وهكذا الحكم في بيع الآبق ممن يقدر على رده ويجوز بيع
الآبق والمغصوب واعتاقهما لحلال الحاجة على ما حكاه في البيان وفي
كلام الماوردي عند الكلام في الفصل حكاية عن ابن سريج ما يدل على صحة
هبة الآبق **فرع** لو باع قطعة جذوع ثابتة وكان ينفع بعضه الى ان يور
في صحة بيعه وجهان مستوران في الرافعي في اواخر باب الاجارة عن فتاوى
القفال **قال** وأما في تسليمه ضرر أي على البايع وقد جامعه ضرر
المبيع كالصوف على ظهر الغنم لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم ولانه ان لم يشرط الجز
فهو يزداد وما يزداد لا يدخل في البيع فيودي الى اختلاط المبيع بغيره
وذلك يمتنع كما ستعرفه من بعد ان شاء الله تعالى وان الحيوان قد يموت
فينجس وان شرط الجز فلا عرف منضبط حتى يرجع اليه وظاهر الخبر
يقتضي ان يقطعه من اصله وفي ذلك اضرار بالحيوان فيمتنع منه وحكي عن
بعض اصحابنا انه يجوز اذا شرط الجز ولا خلاف انه اذا عين موضع
الجز صح البيع قال الامام وتبعه الغزالي من اجل ان فيه تغيير غير المبيع كما ذكرناه
اذا ابان الغنم حية اما المذكاة فيجوز بيع الصوف عليها اذ ليس في استيعاب
جميعه ايلام قاله الرافعي وفي تعليق القاضي الحسين في باب بيان الوقت الذي
يحل فيه بيع الثمار انه اذا سلخ الجلد فباع ما عليه من شعر دون الجلد لم
يصح لانه لا يمكن استيعاب جميعه بالجز لانه يتعيب به الجلد فيتضرر به
البايع قال في المهذب ويحرم الوصية بالصوف على ظهر الغنم
قال وبيع ذراع اي معين من ثوب ينقص قيمته بقطعه اي نقصانا
يحتفل بمثله لان الشرع منع من اضاعة المال وجواز البيع يفضي
اليه ويتعذر عن ايجاب التسليم وايضا فانه يفضي الى تغيير غير

المبيع

ابداه في احتمالا

المبيع والبيع لا يوجبه فيتعذر البيع ايضا عن ايجاب التسليم وهذا
ما اختاره الشيخ ابو حامد وحكاه صاحب التلخيص نصا وجزم به الامام
وقال لا يثبت احد فيه خلافا وان رضي البايع بالنقص وفيه وجه حكاه
الشيخ في المهذب وابن الصباغ وغيرهما وبه قال صاحب التهذيب وجزم
به صاحب الحاوي انه يصح كما لو باع ذراعا معينا من ارض او دار ومن
قال بالاول فرق بان التمييز في الارض يحصل بالعلامة بين النصيبين
من غير ضرر قال الرافعي ولمن نصر الوجه الآخر ان يقول المرد حاصل بتفتيش
مرافق البقعة بالعلامة وبتنقيص القيمة فوجب ان يكون الحكم كما في
الثوب واعترض ابن الصباغ على التعليل بالضرر بانهما رضيا به فيجب
ان يصح البيع كما يصح بيع احدى زوجي الخف ومصراعي الباب وان نقص
بتفريقهما من قيمتهما والماوردي بان هذا التعليل يفضي الى نقص المبيع
في جميع المشاعات بما يتجه من قسمتها المفضية الى تنقيص الحصص
فاقتضى ان يكون مطرحا **قلت** وقد اجاب عما قاله الماوردي فيما
ذكرناه ابن [illegible] بان [illegible] ما ذكر من النقص
يتسبب البايع فيما باع وبتسبب المشتري فيما بقي وما ليه النقص في بيع
الذراع من الثوب ذهبت بالكلية لا يتدارك فكان اضاعة المال محققة وقد
جزم البغوي وغيره بمنع بيع نصف من سيف او اناء وقال الرافعي القياس
طرد الوجهين فيه ايضا اما اذا لم ينقص قيمة الثوب بقطعه كالكرباس
الصفيق فالذي اورده الجمهور الصحة وحكى الامام ومن تابعه وجها
واختاره صاحب التلخيص انه لا يصح ولو باعه ذراعا غير معين فالحكم
فيه كما سنذكره فيما لو باعه ذراعا من ارض ان يجوز بامثال ذلك
ولم ينظر الى قطع الثوب ولا يجي الوجه الذي انفرد الامام بنقله ثم
تنظر **فروع** احدها اذا باع شيئا معينا من جدار او اسطوانة

نقصه

اداه به

بطل ان كان فوقه شي لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بهدم ما فوقه وان لم
يكن يطل ان كان قطعة واحدة من طين او خشب وغيرهما لم يصح وان
كان من لبن او اجر جاز هكذا اطلقه في التلخيص وهو محمول عند
الائمة على ما اذا جعل النهاية شي نصف من الاجر او اللبن دون
ان يجعل القطع نصف سمكها وفي النهاية ان الحكم في الخشبة كالحكم
في الثوب فان كان القطع ينقصها لم يجز والا فوجهان وقال الرافعي
وفي تجويز البيع اذا كان من لبن او اجر اشكال وان في النهاية ما ذكر من
وجهين احدهما ان كان موضع الشق قطعة واحدة من طين او غيره
فالفصل الوارد عليه وارد على ما هو قطعة واحدة والثاني هب
انه ليس كذلك لكن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي وان لم يكن قطعة
واحدة فيفسد البيع ولهذا قالوا لو باع جذعا في بناء لم يصح لان الهدم
يورث النقصان واي فرق بين الجذع والاجر وكذا لو باع فصا في خاتم
وذكر بعض الشارحين للمفتاح في تفاريع هذه المسألة انه لو باع دارا
الا بيتا في صدرها لا يلي شارعا ولا ملكا له على انه لا ممر له في المبيع
لا يصح انتهى وحكى القاضي الحسين مع هذا وجها اخر انه يصح ومحلها اذا
لم يمكنه اتخاذ ممر اما اذا امكنه صح ولو لم ينصب الممر فعن الرافعي
انه يتخذ الممر وفي تعليق القاضي الحسين في استحقاق الممر في البيع
وجهان **قال** ولا يجوز بيع الملاقيح اي ما في البطون التي لم تخلق لنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر اخرجه مسلم والترمذي عن ابي هريرة ولقوله
عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك اخرجه الترمذي وقال
انه حسن صحيح **قال** ولا يجوز بيع العربون وصورته على ما قال ابن
القتيبي ان يشتري سلعة ويدفع درهما او دينارا على انه ان تم البيع كان
من المدفوع من الثمن وان لم يتم ورد السلعة كان ذلك للبائع ووجه
فساده

بنقص
يحل

للبائع ووجه فساده نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وروي
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان وهو بيع الاربون وجمعه
متا كبير كما جمعوا العربان عرابين ولان معنى القمار فيه فمنه
ويقال في هذا ايضا اربون واربان وعربون وعربان وعربون
فتحصل فيه ست لغات وهو اعجمي عرب واللغة العالية عربون
بالفتح واصله في اللغة التسليف والتقديم وبعضهم استدل على
بطلان هذا البيع بما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع العربان وهو منقطع عند ابي داود وفي سنده ابن لهيعة
وبما روي انه صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع العربان فاحله وان زيد بن اسلم
راويه سئل عنه فقال هو الرجل يشتري السلعة فيقول ان اخذتها
والا رددتها ورددت معها درهما فهو مرسل وفي اسناده الاسلمي
قال ولا يجوز بيع ما لم يحمل كبيع الصبرة الا قفيزا منها اي مجهولة
لما روى مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة والمزابنة
والمخاضرة والمخابرة وعن الثنيا الا ان يعلم قال الرافعي والثنيا
ان يبيع شيئا ويستثني بعضه ولان الصبرة ليست معلومة بكيل ولا
وزن وانما التعويل في اعلامها على العيان فاذا استثنى منها شيئا
مقدارا اختل به ضبط العيان فلا يشار الى شيء منها الا وللصاع
المستثنى منه نصيب وذلك بخلاف المبيع بجملة لا يحمل هذا وجه
الامام المنع فيما اذا باع ثلث البستان الا ثمرة منها وقال ان
المنع متفق عليه في هذه الجديدة والقديمة وان بيع الصبرة الا قفيزا
منها مثله اما اذا كانت الصبرة معلومة القدر فالبيع صحيح
والاستثناء ثابت ولا حاجة الى ذكر امداد الصبرة لفظا وكذا يجوز
بيع الصبرة الا ربعها او جزءا معلوما منها وان كانت مجهولة ومن

جزء

طريق الاولى اذا باع جميع الصبرة وهي مجهولة ولكن هل يكون
صحة حولان بن الشامل وعن وعكس هذه المسئلة لو قال بعتك
صاعا من هذه الصبرة وهي معلومة الصيعان بعشرة مثلا صح
العقد لانه قد وجد مورد العقد والاشارة اليه لكن ينزل العقد
على الاشاعة ويكون المبيع منها العشر حتى لو تلف منها صاع بطل
العقد في عشر المبيع وفي باقيه تفريق الصفقة او على واحد منها
على الابهام وللبائع التعيين ولو تلف الا صاعا تعين العقد فيه
وجهان اختيار القفال منهما على ما حكاه الامام الاول وهو الذي
عليه الجمهور كما حكاه الرافعي وبه جزم في الوجيز ولو كانت مجهولة
الصيعان ففي صحة البيع وجهان بناهما الامام على الخلاف فيما اذا
كانت معلومة الصيعان فان نزل العقد على صاع منها صح هاهنا
ايضا وان نزل على الاشاعة فيبطل هاهنا لانه بيع مجهول قال
الامام واستدل القفال عليه بما لا مدفع له فقال لو فرضت الصبرة
امدادا ومترقة وقال ما لكما بعتك مدا منها فالبيع باطل ولا فرق
بين ان يمتزلك الامر بين ان يجمع وكانه بيع شئ مجهول العدد مضبوطا
بالعيان يستثنى منه معلوم وبين بيع معلوم مضاف الى مجهول العدد
مضبوط بالعيان وهذا معنى قول الغزالي فاي فرق بين استثناء
المعلوم من المجهول واستثناء المجهول من المعلوم والابهام يجمعهما
وفي الفرق غموض وقد ذكر في تعليق القاضي الحسين فرق بين ما اورده
القفال اولا وبين هذه المسئلة وهو ان الصيعان اذا فرقت
تتفاوت في الكيل لانه ربما كان احدها اكثر من غيره لو كيل ثانيا
ولهذا ولم يوجد هذا المعنى في مسئلتنا وهذا المعنى موجود
فيما اذا اشترى طعاما مكايلة فقبضه ثم باعه مكايلة لا بد من

ماخوذه مما ذكرناه

شيئا

بينهما

كيله ثانيا لهذا المعنى وفي شرح التنبيه لابن التلمساني فرق بينهما
اورده القفال اولا وبين مسئلتنا وهو ان المبيع في مسئلة
الصاع معلوم القدر والمبيع فيما استشهد به مجهول فانه مع
تقدير الاخراج لا يبقى البقية المنسوبة الى المشاهدة والتخمين
اذا كان المبيع هو الجملة الا صاعا فانحسم طرق التعريف
من الاشاعة بالجزئية والمشاهدة وقد كان القفال اذا سئل
عن هذه المسئلة يفتي بالوجه الاول ويقول المستفتي يستفتي على مذهب
الشافعي لا على ما عندي واعلم ان بنا الامام قد يظهر انه مناقض
فان ظاهر المذهب على ما حكاه عند الكلام في بيع ذراع من الدار وغيره
ايضا صحة البيع حتى قال في النهاية لو لم ينزل الا صاع شائع
اليه وما حكي عن الجمهور من تنزيل العقد في حالة العلم على الاشاعة
ومقتضاه ان يكون الراجح عدم الصحة لكن يسهل تصحيحه ان
يقال انهم نزلوا العقد على الاشاعة اذا امكن وان لم يمكن نزل
على صاع منها لاستوا الغرض وهذا مصرح به في تعليق القاضي
الحسين واليه اشار الرافعي ايضا وبنى الغزالي الخلاف في هذه
المسئلة على ماخذ فساد البيع فيما اذا قال بعتك عبدا من هذه
الاعبد الثلاثة هل هو الغرر الذي فيه مع سهولة الاجتناب
عنه او لان العقد لا بد له من مورد يتاثر به كما في النكاح فعلى
الاول يصح هاهنا اذ لا غرر لتساوي اجزاء الصبرة بخلاف
العبيد وان تساوت قيمتها لان اعيانها مقصودة وعلى
الثاني يبطل وهو الاصح عنده وقد حكي في التتمة عن العراقيين قولا
مثل مذهب ابي حنيفة ان البيع يصح في مسئلة العبيد اذا قال
بعتك احد عبيدي او عبيدي الثلاثة على ان تختار من شئت

القدر

صح

في ثلاثة ايام فما دونها وعلى هذا الاصح كون البنا والمذهب ابطال البيع
وفساد القديم يظهر بعدم اطراده في الثياب وغيرها من الدواب
والاعيان وان ابا حنيفه لم يطرده في لحم صحاه اصحابنا فيها ولا فيما
زاد على الثلاثة اعبد ولو لم يملك من الاعبد الثلاثه الا واحدا فقال
بعتك عبدي منها وهو غير معروف فعلى المذهب الجزم بالبطلان وفي
التتمة تخريجه على بيع الغائب مع مساواته جميعهم **فرع** لو قال بعتك
صاعا من هذه الصبرة ونلت الباقي بعده لم يصح لان الباقي يبقى مجهولا قاله
القاضي الحسين **اخر** بيع البقر وفيه الدود يجوز جزافا وبالوزن لا كذ
تنبيه الصبرة واحدة الصبر وهي الكومة المجموعة من الطعام وسميت
صبرة لافراغ بعضها الى بعض والقفيز مكيال سعته ثمانية مكاكيك
والمكوك صاع ونصف والرز ستة عشر رطلا والاردب قال الامام
مكيال من مكاييل مصر واللفظ من لغة اهله وقيل انه يسع اربعة وعشرين صاعا
قاله في باب الشروط التي تفسد البيع والنووي اطلق حكايته ذلك وقد
حكاه الشيخ زكي الدين في حواشيه على مختصر السنن له عن الخطابي وفي صحيح
مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ومنعت مصر اردبها ودينارها والقلل
نصف اردب والكر ستون قفيزا **باب** ولا يجوز بيع الحمل وحده هذا
الكلام فيه اشاره الى علة المنع وقولها امور نذكرها **قال** كالحمل في
البطن اي اذا افرد بالعقد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع
المجر والمجر بميم مفتوحه وجيم ساكنه وراء مهمله وهو شراء ما في الارحام
وعن بيع الملاقيح والمضامين فالملاقيح ما في البطون من الاجنة الواحد
منها ملقوحة والمضامين ما في اصلاب الفحول ولانه غير معلوم ولا
مقدور على تسليمه ويحمل عليه وهل هو واحد والغرر ولا فرق في ذلك بين ان يبيعه
من مالك الام او من غيره اما اذا بيع مع امه بان قال بعتك الجاريه وحملها

ونصف

بكرا فالحمل يصح فيه وجهان محكيان في تعليق القاضي الحسين وبناهما
المتولي على ان الحمل هل يقابله قسط من الثمن عند الاطلاق ام لا
فان قلنا لا يقابله بطل وان قلنا يقابله فالمذهب ان الحمل غير
صحيح وحوله وجملها يصح لمقتضى العقد وهذا الحكم فيما اذا
قال بعتك الجبه وحشوها ولا خلاف انه اذا باع الام من غير
تعرض لذكر الحمل في ايل راجه اما اذا لم تكن بقيمه من حمل وضعف
بعضه للزهل يقابله قسط من الثمن ام لا فيه وجهان ينبنيان على
ان الحمل هل يعرف ام لا والصحيح انه يعرف واذا [illegible] وصداقا
او احوج او بدلا في خلع او صلح فحكمه في التبعية كما اذا سعب
وهذا اذا وقع البيع بالاختيار اما اذا وقع لا عن رضا المالك كالبيع
المحتوم في حق المرتهن ففي تبعيته للام [illegible] فيما لو انتقل
الملك عن الام فهو انفسخ العقد وقد حدث في ملك المنتقل عنه وسوى
فيه الرد بالعيب ولسبب الافلاس والرجوع في الهبه وهل يستتبعه
الام والعمره ذا الاختيار به الحالة عن المعاوضه كالرهن والهبه
فيه خلاف الجديد في الهبه انه لا يتبع وحكم الثمن غير الموهوب حكم
الحمل فيما ذكرناه وصرح به الامام في باب الخراج بالضمان [illegible] الماوردي
في الثمن ايضا في باب عمق الحايط اما اذا كان الولد المجتن بقيته
حمل وضعف بعضه في يد البايع ثم وضعت باقيه في يد المشتري
قال الامام في اخر النهاية ظاهر نص الشافعي ان الولد كله للبائع
وهو خلاف القياس [illegible] الخضري [illegible] في
المسلم احدهما نسبناه الى النص والثاني ما رايناه الصواب
لا يجوز غيره ان الثاني للمشتري [illegible] اذا حكمنا بان الحمل للبائع يجب
ان يحكم بفساد البيع في الام على ظاهر المذهب **قلت** وهذا الخلاف

هما

الام

ب

كالخلاف في استتباع ما ابرها لم يطلع وسنذكره **قال** واللبن في الضرع
لما روى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللبن في الضرع ولانه
مجهول القدر وان الضرع قد يكون تخيينا فيظن اللبن قليلا وقد يكون رقيقا
فيكون اللبن كثيرا ولانه يحدث شيئا فشيئا اذا الحلب وما حدث
ليس مبيعا فلا يمكن التسليم ولا فرق في ذلك بين ان يعين قدرا من
اللبن او لا على الصحيح من المذهب لان وجود القدر المذكور في الضرع
لا يتحقق وفي توجيه القاضي الحسين له انه قيل ان ما في الضرع يكون دما
ثم ينقلب بالحلاب لبنا لجريانه على عروق الضرع وفيه وجه انه يصح اذا
راى انموذجا وقال للطالب يعتكل من هذا اللبن الذي في الضرع مدا مثلا
قال الامام وهذا يحتاج الى فضل نظر فان باع مقدارا لا يتأتى حلبه الا
ويتزايد اللبن مع حلبه فلا يصح ابدا الانموذج فان المانع قائم وذكر
الوجهين مطلقا يشير الى ان المحذور حيث لا انموذج عدم الرؤية او عدم
الاحاطة بالصفات ومن سلك هذا المسلك يلزمه التخريج على بيع الغائب
وكان شيخي يتأنق في التصوير ويقول اذا ابتدر حلبه واللبن على حالته دررته
لم يظهر اختلاط شيء به له قدر وجه مبالاة وان فرض شيء على بعد فمثله
يحتمل كما اذا باع جزة من قرط فاذا قل مقدار المبيع وتصورنا بالصورة التي
ذكرناها وفرض ابداء الانموذج فينقدح ذكر خلاف هاهنا ومن جهة
هذا ان الخلاف اذا ادى الى تقليل المقدار فلا حاجة الى ذكر الانموذج في
التخريج على الخلاف وحاصل القول انه اذا ظهر التزايد والاختلاط امتنع
البيع قولا واحدا وان قل المقدار فمن اصحابنا من يرجحه ابيع الغائب
ومنهم من يصحح البيع ان يتسور الى الحاق القليل بالكثير فانه لا ضابط للقدر الذي
يقال فيه انه مبيع خالص عن مختلط وهذا ما حكاه المتولي ولما تامل
العراقي كلام الامام قال وغلط الغزالي اذ ذكر الانموذج وجهين وصور

اخذ م — منه م — الحاق م — في م

محل الخلاف

٤٩٠

محل الخلاف فيما اذا اقتصر على قدر من الضرع واحتمل مثله **قال**
والمسك في الفارة اي قبل الفتق كما صرح به المحاملي والامام لان المسك
يتفاوت في الفارة ثمنه وانه يصح بيعه مع استتاره بها والحمل بقلع م
كاللؤلؤ في الصدف وحكى الامام عن صاحب التقريب وغيره عن ابن سريج
انه قال يصح بيعه لان بقاءه فيها من مصلحته لانها تحفظ رطوبته
ورائحته فكان بمنزلة الجوز واللوز في قشره وقال الامام الوجه عندنا
تخريج البيع على بيع الغائب فان بيع المسك في فارته مع فارته لا يزيد
على بيع الثوب في الكمام فان ما ذكره الاصحاب جوابا على منع بيع الغائب
فصحيح وان قطعوا بالفساد دون قولي تصحيح الغائب فهذا لا
سبيل اليه والتخريج على بيع الغائب هو المذكور في تعليق القاضي
الحسين فيما اذا باع المسك دون الفارة وصحة البيع مع الفارة
وهو متفرع على القول بطهارة الفارة وهو الصحيح اما اذا قيل بنجاستها
كما في ذلك الخلاف في بيع الصفقة ولو كان على راس الفارة
مفتوحا وقد راى المسك فيها فقد صرح الماوردي بصحة بيعه جزافا
وبالوزن وفصل المتولي فقال ان لم يتفاوت ثخنها وراى جوانبها
صح والا فلا وقال الامام الحكم في ذلك كما اذا باع السمن
مع ظرفه والذي ذكره بعض المصنفين فيه مثل ما قاله المتولي
في الفارة وخرجه ابو محمد على بيع الغائب وان لا وجه القطع
بالفساد قال الامام وهذا الذي ذكره صحيح لا شك فيه **فرع**
بيع اللحم في الجلد قبل السلخ لا يصح على الاصح وقيل يخرج على بيع
الغائب وهكذا الحكم فيما اذا باعهما معا وبيع القطن في جوزه
بعد التشقق لا يصح وان كان على الارض عند المحاملي وفي جواز بيع
جوهر لم يعرف الجوهري الزجاج وجهان **تنبيه** فان المسك

تيب — نجاستها

مهموزة ككتابة الحيوان ويجوز ترك الهمز وقال الجوهري ليست
مهموزة وهي تنفصل عن الظبية خلقة وحشوها المسك وذلك
مخصوص بذلك الجنس وهي على موضع السرة منها والرب تعالى
يزيّن في كل سنة فارة ويثبتها ويسيل ملحمة بكسعر اطرافها
فتنتفخ فتحتك الظبية بالاحجار والمواضع الخشنة فتسقط
الفارة هكذا قاله الامام قال وبيع ذراع من الدار اى معين
وهما لا يعلمان ذرعان الدار لانه لا يمكن حمله على الاشاعة للجهل بالنسبة
ولا على ذراع غير معين لاختلاف اجزائها وذلك غرر بخلاف بيع صاع من
صبرة مجهولة حيث صححنا العقد على ظاهر المذهب لانها متساوية الاجزا
فامكن تنزيل العقد على صاع لا بعينه اما لو علما ذرعان الدار فالبيع
صحيح وينزل على الاشاعة قال الامام الا ان يعني بالذراع معينا لا على
تاويل الاشاعة فلا يصح العقد حينئذ ولو اختلف البائع والمشتري
فقال المشتري اردت جزءا شائعا وقال البائع اردت ذراعا معينا لا على
مذهب الاشاعة بل بحوث بذرة الذراع نحو قول القائل بعت شاة من القطيع
ففيه احتمال عند الامام ان يقال الظاهر حمله على الاشاعة ويجوز ان
يقال يقبل قول البائع فان اللفظ الصريح في الاشاعة الجزء المنسوب الى
الكل كالنصف والربع وحكي عن القلاح في بيع صاع من الصبرة وجهان
ان البيع يصح وان لم يجر اختلاف وهو مبني على ان ماخذ الصحة فيما اذا باع
صاعا من عشرة آصع ان العقد يرد على صاع لا بعينه والاصح انه اذا
باع ذراعا معينا منها انه يصح وكذا ما دون الانتهاء فاصح الوجهين
في الشامل وغيره الصحة وفي الحاوي الاصح البطلان ولو وقف في وسط
الارض وقال بعتك عشرة اذرع ابتداؤها من موقفي لم يصح ولو خط في
وسط الارض دائرة وباعها صح البيع اذا عين له ممرا فلو اطلق

بلغ

عشرة

ذرعانها

٥

استحقاق ممر ولم يعينه بطل ولو لم يشترطا ممرا واطلقا العقد
فقيل يقتضي الاطلاق ثبوت ممر فيه وجهان قال فان قلنا يقتضيه وهو
المذهب كما قال القاضي الحسين صح وثبت له حق الاجتياز من كل جانب
كما كان للبائع وهذا اذا قال بعتكها بحقوقها وان قلنا لا يقتضيه
ففي صحة البيع وجهان قال والاشبه صحته وان لم يثبت الممر فيهما في النهاية
وبه جزم القاضي الحسين البطلان والغزالي رجح وجه الصحة والاكثرون
على خلافه وهذا كله اذا لم يكن متاخمة للشارع اما اذا كانت متاخمة
للشارع او لملك المشتري فعند الاطلاق لا يستحق الممر وتعلق القاضي
الحسين حكاية وجهين فيه في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار وعند ادخال
الحقوق في البيع اذا كانت متاخمة للملك يجوز الحاكه لو لم يكن متاخمة
للملك عند الامام واجرى الامام هذا التفصيل كله فيما اذا باع بيتا
من دار ولم يتعرض لادخال حق الممر في العقد فرع اذا عين خطين وقال بعتك
من هذا الخط الى هذا الخط لم يدخل الخطان في البيع حكاه القاضي الحسين
في التعليق قال وبيع الاعيان التي لم يرها المشتري قولان اصحهما انه لا
يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع غائب بناجز ولم يفصل بين
غرر وغرر فهو على عمومه ولانها عين لم ير شيئا منها فيجب ان لا يصح
قياسا على النوى في التمر وهذا احد قولي الجديد الذي نص عليه في الام
والبويطي والرسالة والسنن وهو اختيار المزني في البيع والبويطي قال
والثاني يجوز اذا وصفها ام لا بان يقول بعتك العبد التركي الذي في بيتي
او الفرس العربي الذي في اصطبلي وما اشبه ذلك اذا لم يخرج من عمومه وحجته
عموم قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وفي رواية
ان شاء اخذه وان شاء تركه ولان عثمان بن عفان وطلحة تبايعا فلا دارين
احدهما بالبصرة والاخرى بالكوفة فقيل لعثمان انك غبنت فقال لا ابالي

الفصل

صرف وغيره ا استعماله

لأني بعت ما لم أره فلي الخيار إذا رأيتها وقيل لطلحة فقال لي الخيار
لأني اشتريت ما لم أره فترافعا إلى جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة
وقد روي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضا لم يرها وعبد الرحمن بن عوف اشترى
إبلا لم يرها ولم يخالفهما أحد من الصحابة فكان إجماعا وقيل يشترط مع
ما ذكرناه ذكر معظم الصفات وضبطه البغوي بما يوصف به المدعى
عند القاضي وفي التتمة عدّ هذا وجها آخر وقيل يشترط استيعاب جميع
صفات السلم وقال الماوردي إنه ليس بشرط باتفاق الأصحاب وحكى عن العراقيين
أنه إذا استوعب ذلك بطل لأنه يخرج عن بيوع الأعيان ويصير من بيوع السلم
والسلم في الأعيان لا يجوز وحكى الغزالي وجها أن ذكر الجنس لا يشترط وحكى أن
يقول بعد ما في جمع عن أصحاب القفال أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع والمذهب
الأول وإن كان المبيع عقارا فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه ومن ذكر
البقعة وجهان يشترط ذكرهما ويشترط فيه ذكر الحدود والأصح [illegible] منهما
وهل يجب تثليثه نظرا إن لم يحصل بها التمييز لم يكف والاكتفاء على الأصح حكاه
الماوردي وفي إيراده ما يشعر بأن هذا لا يختص ببيع الغائب قال ويثبت
للمشتري الخيار إذا رآها للحديث ولقضية عثمان وهل يوصف العقد قبل الرؤية
باللزوم فيه وجهان أحدهما رأي أبي إسحاق أن العقد ليس بلازم حتى لو مات أحدهما
أو جن أو حجر عليه بفلس بطل العقد ولا يقوم الوارث مقام المورث
ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد قبل الرؤية والثاني رأي ابن أبي هريرة أنه لازم
فلا يبطل بالموت والجنون والحجر ومن [illegible] هذا الخلاف أن الخيار الثابت
عند الرؤية يكون عند أبي إسحاق خيار مجلس وهو الأصح عند المحاملي وغيره
وعند ابن أبي هريرة خيار عيب فيكون على الفور وهو الأصح عند الإمام
وهذا إنما يأتي على القديم وأحد قولي الجديد الذي نص عليه في الصرف والصلح
والمزارعة والصداق والإملاء وقال جمهور أصحابنا على ما حكاه الماوردي

بلده

فيه

وصححه

وصححه البغوي والقائلون بالأول خصصوا الآية إن سلم عمومها
بما ذكرناه من الأدلة وقالوا الحديث راويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو يضع
الأحاديث كما نقله الحفاظ وغيره رواه مرسلا وعلى تقدير صحته فهو محمول
على من اشترى ما رآه قبل العقد فإنه يثبت له الخيار إذا رآه وقد تغير وعن
قصة عثمان وغيرها بأن عمر مخالف لها فلا إجماع ومحل القولين بالاتفاق
ما إذا كانت العين غائبة كما صورناه أما إذا كانت حاضرة فباعها
على شرط خيار الرؤية هو في سقط أو مطوي [illegible] من غير أن يراه
المشتري فقد حكى المحاملي أن الحكم كذلك وإليه أشار البندنيجي وقال
الماوردي قد اختلف أصحابنا فيه على وجهين أحدهما أنه كبيع العين
الغائبة على قولين والثاني أنه لا يجوز قولا واحدا وهو قول أكثر أصحابنا
وإليه أشار أبو إسحاق وابن أبي هريرة أن الحاضر مقدور على رؤيته
فلا تنتفي الضرورة بخلاف الغائب تنبيه احترز الشيخ بقوله
الأعيان عن السلم وبقوله لم يرها المشتري عن بيع الأعيان التي لم يرها
البائع وقد رآها المشتري ويتصور ذلك بأن يكون [illegible] اشترى وكيله أو
ورثها ثم وصفت له فوصفها هو للمشتري فإن فيها لأصحابنا على ما حكاه
ابن الصباغ والبندنيجي طريقين أحدهما الجزم بالبطلان والثاني طرد القولين
وهي التي صححها ابن الصباغ وطرد الطريقين فيما لو لم يرياها جميعا أما إذا
لم يرها البائع وحده خاصة فأحد الطريقين القطع بالصحة والثاني إجراء
القولين وقال الإمام إنهما مأخوذان من الطريقين في إبطال البيع فيصح
عند رؤية المشتري وجها واحدا وإن جزمنا بالقطع بالبطلان
فإن حملنا لعدم رؤية البائع إن إلى المنع فيؤثر عدم رؤية المشتري
والمراوزة قالوا لو أنه قولان مبنيان على عدم رؤية المشتري وأولى
بالبطلان قال الغزالي والأصح أي وإن ثبت الخلاف البطلان في الشراء و

ل

ف

حيث له اشتراها [illegible]

البيع

جميعا وبقوله اذا وصفها عما اذا لم يوصف اصلا مع امكان ذلك فانه لا يصح
عندهم كما ذكرناه او مع عدمه كما ذكره من الحمل في البطن ونظايره وكذا
بيع الجزر والسلجم والبصل والفجل في الارض مثل قلعه عند اكثر
اصحابنا وبعضهم خرج ذلك على بيع الغايب ومحله اذا لم يظهر منه
شي اما اذا ظهر بعضه من الارض صح بيعه كما اذا راى ظاهر الصبرة
صرح به القاضي الحسين في تعليقه وبقوله يثبت للمشتري الخيار اذا
راها عما قبل الروية فانه لا يثبت له مجموع خيار الاجازة والفسخ
على الاصح لعموم الحديث وفيه وجه انه يثبت حكاه الامام والذي
حكاه ابن الصباغ وغيره انه ان اراد الفسخ نفذ وان اراد الاجازة
فلا والطلاق للشيخ هذا اللفظ يعرفك ايضا انه لا فرق بين ان يجده
دون ما وصفه له او موافقا له وهو المذهب وفيه وجه حكاه المحاملي
والسنجي وابن الصباغ انه لا خيار له اذا وجده كما وصف على موافقة
اعتبار معظم الصفات او صفات السلم وفي ابن يونس تخصيصه بما اذا
اعتبرنا صفات السلم وهو الاشبه لانه لم يبق بعد ذلك وصف يختلف
الاغراض فشابه المسلم فيه اذا احضره على الصفة اما اذا اكتفينا
بمعظم الصفات فينبغي ان يثبت لانه قد يبقى من الصفات ما يتعلق
به الاغراض وايضا فان القايل بالاكتفا بمعظم الصفات عن رويته ومن
السلم بان الخيار يثبت عند الروية فيتطرق ما يحترز منه بخلاف
السلم كما حكاه المحاملي ومعنى هذا التعليل ما اشار اليه ولو شرط نفيا
انه لا فرق بين ان شرط ثبوت الخيار عند الروية او لا وهو المشهور وفي
كتاب ابن كج ان ابا الحسين حكى عن بعض اصحابنا انه لا بد من اشتراط
خيار الروية وفي الحاوي ان بيع الغايب بغير شرط خيار الروية باطل
لا يختلف فيه المذهب وقد يفهم من ذلك اثبات الوجه الذي حكاه ابو الحسين

والذي

(هامش: منه شي)

(هامش: اشترط)

والذي فهمته منه ارادة ذكر ما هو شرط في هذا العقد على هذا
القول وسكوت الشيخ عن جانب البايع يعرفك انه لا خيار له عند
الروية وهو الاصح من الوجهين في الشامل والمذهب عند المحاملي
وبه قال ابن ابي هريرة وفيه وجه انه يثبت له ايضا وهو قول ابي اسحق
لا بعلقه بالروية يثبت له خيار المجلس كما ذكرناه من قبل وخيار المجلس
يشترك فيه المتبايعان وهذا الخلاف فيما اذا كان البايع قد راى المبيع
اما اذا لم يره وصححنا العقد فهو كالمشتري ويكون ظهور زيادة عما
وصفه مثل ظهور النقص عند عدم روية المشتري صرح به الماوردي
والمحاملي وغيرهما وروى عن القفال انه لا خيار له اصلا وهو الاصح عند
الامام لان جانبه بعيد عن اثبات الخيار وذلك اذا ظن ان المبيع معيب
فاذا هو سليم لا خيار له وان لم يتبصر به وفي هذه الصورة وجه ابو ثبت
ايضا وابطل الغزالي على القفال خيار المجلس والشرط فان البايع يشاركه
المشتري فيهما وهذا من جنسهما **فروع** احدها هل يصح شرا الاعمى
مع القول بصحة بيع الغايب وشرايه وفيه وجهان اظهرهما عند الرافعي
والقاضي الحسين انه لا يصح وهو الذي يظهر من كلام الشيخ حيث جعل
من تمام القول الذي عليه التفريع ثبوت الخيار عند رويته وقد تعذر
فاشبه ما لو شرط نفي خيار الروية والثاني انه يجوز ويقوم وصف غيره له
مقام رويته كما تقوم الاشارة من الاخرس مقام النطق وهذا
اصح عند المحاملي وقد بني الخلاف على ان استقصا الاوصاف
على وجه يفيد الاحاطة بجميع المقاصد هل يقوم مقام الروية حتى ينعقد
البيع بعده بيع حاضر وفيه خلاف في الحلية والطريقين وبعضهم
اثبته وجهين وبعضهم قولين واصحهما المنع من جهة ان الروية تحيط
بالمقاصد لا يحيط بها العبارة وعلى بناه الاصحاب على ان البصر اذا

(هامش: ذي عمي)

(هامش: بني بقبيله)

اذا صححنا منه شرا الاعمى هل يصح منه التوكيل في الرؤية والاجازة
والفسخ وفيه وجهان اظهرهما الجواز كما يصح تعويض الاعمى الى غيره في خيار
العيب والخلف فان صححنا التوكيل صح البيع على القول الذي عليه التفريع
ولا يبطل هكذا حكاه الرافعي وفي الحلية للشاشي ان الشيخ ابا حامد
حكى وجهين في صحة التوكيل في خيار الرؤية وان اصحهما انه لا يصح وعلى مقابله
هل يقوم الوكيل مقام الموكل في الفسخ والاجازة فيه وجهان اصحهما انه
يقوم مقامه في ذلك والثاني لا يقوم وانما يحكي ما يراه ثم قال وهذا التوكيل
في الرؤية لا معنى له وفي النهاية في كتاب الرهن اما اذا شرطنا في صحة قبض
ما رهنه منه وهو في يده مضيه اليه ورؤيته فوكل وكيلا حتى يراه ويخبره
به فهل يكفي فيه وجهان اصحهما ان التوكيل في ذلك كاف كاصل القبض وهل
لعيضد هذا الوجه ولا ننكر ان المقصود ثم ان يعلم بقاؤه ام لا لان هذا انما يفرع
على القول باشتراط الرؤية مع العلم ببقاء العين وعلى القول بعدم صحة
شرا الاعمى لو اشترى شيا المرئي وهو بصير فعمي قبل الرؤية بطل العقد
وقيل لا يبطل حكاه ولا نزاع في ان للاعمى ان يوجر نفسه ويشتري نفسه او يقبل
الكتابة وقال في التتمة على المذهب يعني في الكتابة ويسلم صحيح ايضا اذا
كان يعرف الصفات على الثمن ويوكل من يقبض له وفي صحة قبضه بنفسه
وجهان اصحهما المنع وان كان لا يعرف الصفات فوجهان اصحهما عند
العراقيين وبه اجاب في الوجيز الصحة وعند المزني وابن سريج وابن خيران
وابن ابي هريرة البطلان واختاره البغوي والمتولي وهذا اذا كان راس
المال في الذمة وعين في المجلس اما لو كان عينا فهو كبيع العين ذا الثاني
للبائع ان يمتنع من قبض الثمن ومن تسليم المبيع قبل الرؤية حكاه الرافعي
في كتاب الشفعة وهو يوخذ مما نقلوه في المسالة لو باع ثوبا قد راى
نصفه دون نصفه الاخر فالذي ذهب اليه اكثر اصحابنا البصريين وغيرهم

ويجاب عنه ... المتولي صح

ابطاله

انه لا يصح لاختلاف الحكم وعدم الضرورة بخلاف العين الغائبة
بجملتها ومنهم من قال انه يجوز كالعين الغائبة وهو ما حكاه
السنجي عن المنصوص وصححه ابن الصباغ **فرع** لو وكل انسان
وكيلا حتى يشتري شيا او يشتريه بعد المعاينة صح الشرا للموكل
لانه استغنى بمعاينة الوكيل واصلنا تحل معاينة بنفسه
واجرى التوكيل فيما فصح ذلك كما يصح التوكيل باصل الشراء
هكذا لفظ الامام متصلا بباب خيل الحيلة فافهم منه ما نعممه
قال فان راها قبل العقد وهي مما لا يتغير اي غالبا في تلك
المدة التي بين الرؤية والعقد وهو ذاكر الاوصاف فما جاز بيعها
اي على القولين جميعا لحصول المقصود بالرؤية السابقة وقال
ابو القسم بن بشار الانماطي من اصحابنا لا يصح حتى يشاهدها حال
البيع وحكى الشيخ ابو علي عن الاصطخري انه تناظر مع من يذب عن
الانماطي وكان يلزمه المسائل وهو يلتزمها حتى قال لو عاين ضيعة
وارتضاها ثم ولي ظهره فاشتراها قبل ان يلتفت فوقف وان الاصطخري
قال لو ارتكبه لكان خارقا للاجماع وان الامام وما اراه الانماطي
يسمح بهذا ويحتمل ان يعني يجوز البيع بمراى منه حالة العقد وان
كان لا يكلا حظه وبالجملة فمذهبه فاسد اما اذا كان عهده ذاكر الاوصاف
او كان مما يعلم تغيرها في تلك المدة المتخللة بين الرؤية والعقد فلا
اثر لهذه الرؤية وان كان بين الرؤية والعقد ما يحتمل فيه التلف ويحتمل
البقا فوجهان المذهب منهما عند المحاملي وابن الصباغ والسنجي
الصحة وهو الاصح عند الماوردي ايضا في الثانية وفي الاولى الاصح
البطلان واعلم ان الرؤية المصححة للعقد ان يرى من المبيع ما يقابله
لا جزءا جزءا وذلك يختلف باختلاف المبيع فالدار يشترط ان يرى

فانه صح

له صح

ولا كلها صح

فيها

مثل صح

وكذا ما يحتمل التغير ويحتمل البقاء صح

منها السوق والسقوف والجدران داخلا وخارجا وفي المستحم
والبالوعة والبستان يرى منه الأشجار والجدران ومسايل الماء
وفي اشتراط رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذي تدور به الرحى وجهان
والعبد يرى وجهه وأطرافه ولا يجوز النظر إلى عورته وفي اشتراط النظر
رؤية باقي بدنه وجهان أظهرهما وهو المذكور في المهذب أنه لا بد منه
وفي الجارية وجوه أحدها أنها كالعبد والثاني يشترط رؤية ما يبدو في
حالة المهنة والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الشعر وجهان
أصحهما في التهذيب الاشتراط وبه جزم في باب الخراج بالضمان وفي الحاوي
فيه الأصح عدم الاشتراط ولا يشترط رؤية اللسان والأسنان على الأصح
والدواب يرى منها مقدمها ومؤخرها وقوائمها وتحت السرج والإكاف
والجل وعن بعض الأصحاب أنه لا بد من أن يجري الفرس بين يديه ليعرف
سيره والثوب المطوي لا بد من نشره قال الإمام ويحتمل عندي جواز بيع
الثياب التي لا تنشر بالكلية إلا عند القطع لما في نشرها من النقص ويلحق
بالجوز واللوز فإنه لا يعتبر كسرها لرؤية القلوب مع أنها معظم المقصود بل
إذا نشر فما كان صفيقا كالديباج المنقش يكفي ولا بد من رؤية
كلا وجهيه وفي معناه البسط والزلالي وما كان رقيقا كالخلق وجماه
كالكرباس فيكفي رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين وهو ما جزم به في
الحاوي في باب الرد بالعيب قال إن الثوب إذا نشر صح الشراء
إن كان مطويا على طاقين ليرى جميع الثوب من جانبيه وإن كان مطويا
على أكثر من طاقين لم يصح إلا أن يكون على خيار الرؤية ولا يجوز بيع الثياب
التوزية في المسوح على القول باشتراط الرؤية والمصحف والكتب لا
بد من تقليب الأوراق ورؤية جميعها والفقاع ذكر أبو الحسن العبادي
أنه يصح بيعه وينظر منه بقدر الإمكان وفي الإحياء التسامح به

والمسامحة

(هامش: عندي — أبو الطيب — التقصي خ)

٥٤

وفي المتماثلات كالحنطة والشعير يكفي فيها رؤية ظاهر الصبرة على
الصحيح ونقل قول عن رواية الصعلوكي وبعضهم ينسبه إليه
نفسه أنه لا بد من تقليبها ليعرف باطنها وعلى الأول لو خالف
باطنها ظاهرها خرج على قولي بيع الغائب عند الشيخ أبي محمد وقطع الجمهور
بأن تحت الصبرة ذكره وأبدى الإمام في الأول احتمالا وقال في الثانية لا
وجه لما قاله الشيخ والذي حكاه الجمهور في الصورتين ثبوت الخيار
والجوز واللوز والتمر المتفرد وهذا المعنى ملحق بالحنطة وكذا الدقيق
والخل والماورد كالدقيق والقطن إذا رأى أعلاه في العدل ففيه وجهان
أحدهما أنه يكفي والثاني لا بد من رؤية جميعه والأشبه عند الصيمري
أنه كالقوصرة من التمر إذا التصقت حباته والأصح فيه الاكتفاء
برؤية أعلاه ولو رأى من المثلي أنموذجا فقال بعتك من هذا النوع
هل يصح وإن قال بعتك من الحنطة التي في البيت وهذا الأنموذج
منها وإن لم يدخل الأنموذج في البيع فالأصح أنه لا يصح وإن أدخل فالأصح
الاكتفاء والصحيح أن رؤية الأنموذج لا تقوم مقام الوصف في السلم واستقصاء
الوصف هل يقوم مقام الرؤية فيه خلاف يعلم فإذا اكتفينا به فظهر
عند الرؤية نقصانه عما وصفه ينبغي بطلان البيع قال الإمام ولا يكفي
رؤية ظاهر صبرة البطيخ والرمان وغيرهما وذرا أعلاه في الظروف
من الخبز والخوخ ونحوهما بخلاف المائعات ولا تكفي رؤية المبيع من وراء
حائل لا مصلحة له فيه كالزجاج بخلاف ما له فيه مصلحة كالماء على الأرض
فإنه يكفي معه ولا يشترط مع ما ذكرناه من الرؤية ~~الفرس~~ الذوق والشم
في المشموم على الأصح وهو ما ادعى الغزالي فيه الوفاق وفي التتمة والبحر
حكاية وجه وفي اشتراط ذلك للأعمى في اشتراط اللمس في الملبوس من الثياب
ونحوها قال وإن رآها ولم يفتش بمنزلة الخيار لحصول الغبن

وحكى المراوزه وجهًا انا نتبين بطلان العقد لتبين انتفاء
المعرفه والجمهور على الاول قال الامام وليس على المعنى بتخصيص
بعيسه فان حنينا والعسله لمختص بمثل الصوره ولكن الظاهر عندى
ان يقال كل تغير لو فرض خلقًا في صفته مشروطه تعلق به الخيار فاذا
اتفق بين الرويه والعقد اثبت الخيار ويمكن ان يقال كل تغير يخرج به الرويه
عن كونها مفيده معرفه واحاطه فهو مثبت للخيار **قال** وان اختلفا
في النقصان فقال اى عن الحاله التى وقعت فيها الرويه فالقول قول المشترى
لانا نريد انتزاع الثمن من يده فلا ننتزع منه الا بقوله وهذا نصه في كتاب الصرف
وحكى الغزالى عن صاحب التقريب وهو الاصح ان القول قول البايع لان الاصل
عدم التغيير واستمرار العقد **قلت** ولو فصل مفصل فقال ان
الاختلاف في نقص من اصل الخلقه او نقص حدث بعد ان كان كاملا
فان كان الاول فان ادعى البايع انه كذا وجد ولم يحدث فيه نقص فيظهر
ان القول قوله وان كان الثانى بان ادعى البايع انه كان كاملا وان هذا
النقص حدث قبل الرويه وانه راه في الموضعين كاملا فيتشكل هذا الاحتمال
في عيب المغصوب بعد تلفه فان الحكم كما ذكرنا على الاصح [illegible]
الفرق بين هذه المسئله ومسئله العيب الذى يمكن حدوثه في موضعها
ويجرى مثل هذا الخلاف المنقول عن الاصحاب في مسئله الكتاب فيما اذا
صححنا بيع الغايب وادعى البايع ان المشترى راى المبيع قبل العقد فلا
خيار له وانكر المشترى والاظهر عند ابى الحسين العبادى ان القول قول المشترى
ايضا اذا لم نصححه وفى فتاوى الغزالى ان القول قول البايع قال الرافعى
ولا يبعد مجى هذا الخلاف وقد صرح به ابن ابى الدم الحموى في ادب القضاء
قال ولا يجوز البيع بثمن مجهول القدر لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر
قال كبيع السلعه برقمها اى بما كتب عليها لانه يجهل كم قدره و

وصفته

وصفته وفى التتمه حكايه وجهين اخرين احدهما انه لا يجوز والثانى
الفرق بين ان يزول الجهاله في المجلس فيصح او لا فلا يصح وهذا حكاه
الرافعى في المحرر وعزاه الرافعى الى غيره **قال** وكبيع السلعه
بالف مثقال ذهب وفضه لان قدر كل واحد منهما مجهول وقد اورد
على ذلك انه لا يحمل على التشطير اذا قلنا ان البيع يصح بالحكايه كما لو
قال قارضتك على ان الربح بيننا فانه ينزل على التشطير في وجه ولو
قال اشتركنا مع في العقد فانه يصح ايضا على وجه وينزل على التشطير
حكاه في الاشراف وفى الاقرار لو قال هذا الشى لزيد وعمرو وفى الوقف
لو قال وقفت هذا على زيد وعمرو وكذا في الوصيه فانه ينزل على التشطير
فهلا كان هذا مثل ذلك وقد حكى الرافعى فيما لو قال بعتك بالف صحاح
ومكسره وجهين اظهرهما البطلان قال ويشبه ان يكون هذا الوجه
جاريا فيما ذكرناه **فروع** لو قال بعتك بما باع به فلان فرسه قال المراوزه
ان كان ذلك معلومًا لهما صح وان جهلاه او احدهما لم يصح وفى التتمه حكايه
وجه انه يصح وحكى الرافعى في الشطر الثالث من الوصايا في المسايل
الحسابيه انهما اذا كانا يعلمان ثمن الفرس حالا ففى صحه البيع وان
اختيار العراقيين والبغوى عدم الصحه واختيار الامام والرويانى
وغيرهما الصحه ومادة الخلاف على العراقيين ما اذا قال اوصيت
له بنصيب ابنى هل يحمل على النصيب بعينه فتبطل الوصيه او على مثله
فتصح [illegible] الثانى لو قال بعتك هذا الثوب بدينار الا درهم فان جهلا او
احدهما قيمه الدينار من الحال لم يصح وان علما قيمته صح على ما حكاه
الجمهور وفى الحاوى حكايه وجه انه لا يصح وان الاصح ويتجه ان يجى
فيما اذا جهلاه كلا الوجهين المذكوران من قبل في مسئله [illegible] الثا
لو قال بعتك بما به درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح وان كان صرف

البلد عشرون درهما بدينار حكاه الماوردي والقاضي ابو الطيب وابن الصباغ
ثم قال وذلك انما يفعلونه الان لا يسمون الدراهم وانما يبيعون بالدنانير
ويكون كل قدر معلوم من الدراهم دينارا اعلم فان هذا الاصح لان
الدراهم لا يعبر بها عن الدنانير لا حقيقة ولا مجازا ثم ان البيع لا
يجوز بالكنايه حكاه في باب الربا. قال فان باعه قطيعا كل شاة منه بدرهم او
صبره كل قفيز بدرهم جاز وان لم يعلم مبلغ الثمن حال العقد لان الجهل
منتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجمله كما اذا باعه بثمن معين
جزافا وهكذا الحكم فيما لو قال بعتك هذه الارض او هذا الثوب كل ذراع
بدرهم وحكى الماوردي عن البغداديين من اصحابنا ان البيع لا يصح في
الارض اذا كانا لا يعلمان ذرعانها وانهم لم يطردوه في الثوب بل حكموا فيه
بالصحه وطرده ابو اسحق في جميع الصور على ما حكاه ابن كج وحكى
المحاملي وجها في عدم صحة البيع بصبرة من الدراهم مجهوله القدر في باب السلم
ولو قال بعتك هذه الرزمه كل ثوب بدرهم على ان فيها عشرة اثواب ولا
شاهد كل ثوب منها فان خرجت تسعة صح العقد ولزمه تسعة دراهم
فلو خرجت احد عشر قال الماوردي بطل العقد في الجميع قولا واحدا بخلاف
الارض والثوب الواحد اذا باعه بعدد ذرعه فان في صحة البيع قولين لان الثياب
تختلف وليس يمكن ان يكون الثوب الزايد مشاعا في جميعها وما زاد في
الثوب الواحد والارض متقارب لما فيه فامكن ان يكون مشاعا في جميعه
ولو قال بعتك من هذه الصبره صاعا بدرهم لم يصح في شي منها وقال ابن سريج
انه يصح في صاع منها كما صار اليه فيما اذا قال اجرتك كل شهر بدرهم وحكاه
الامام عن صاحب التقريب وفي النهايه في باب الاجارة ان الشيخ ابا محمد
كان يقول اذا قال بعتك كل صاع من هذه الصبره بدرهم فالمبيع جميع الصبره
كما لو قال بعتك الصبره كل صاع بدرهم ولو قال بعتك هذه الصبره بعشرة دراهم

دراهم كل صاع بدرهم ان خرجت عشرة اصع صح والا فوجهان
اصحهما في التهذيب البطلان وعلى مقابله ان خرجت تسعة فله الخيار
فان اجاز فبكل الثمن او بقسطه فيه وجهان وان خرجت احد عشر فلمن يكون
الزايد فيه وجهان اظهرهما انه للمشتري فعلى هذا لا خيار له وفي البايع وجهان
اصحهما ثبوت الخيار له ولو قال بعتك هذه الصبره كل صاع بدرهم على ان
ازيدك صاعا فان لم يكن الصاع معلوما لم يصح وان كان معلوما نظر
ان اراد هبته فسد العقد وان اراد ادخاله في العقد وكانت الصبره
معلومة الصيعان صح فان كانت عشرة مثلا فكانه باعه صاعا وعشر صاع بدرهم
وحكى الامام عن روايه صاحب التقريب وجها انه قال البيع انه لا يصح
لان العباره لا تنبي عن ذلك الا على تجوز في الحمل فصارت اللغو وان كانت
مجهوله الصيعان لم يصح لانه لا يدري اشترى صاعا وعشرا او صاعا
وكسرا او ما يزيد [illegible] فيكون الثمن مجهول الجمله مجهول التفصيل
وان اطلق فهل يحمل على الهبه او على اراده ادخاله في البيع فيه وجهان حكاهما
في الحاوي فان قيل اذا تردد اللفظ بين احتمالات فكيف يصح العقد بمجرد
اراده صورة الصحه قال الغزالي هذا ملتفت على الاصح في انعقاد البيع
بالكنايه وفي بعض نسخ الوسيط تصوير المسئله بما اذا قال بعتك هذه
الصبره بعشرة على ان ازيدك صاعا والصواب تصويرها كما ذكرناه كما
هو موجود في شروح المختصر ولو قال بعتك هذا السمن وظرفه كل رطل
بدرهم قال الرافعي يصح العقد واختاره ابن الصباغ والمذهب انه لا يصح الا
ان يكون ذلك معلوما. فايده التعامل بالدراهم المغشوشه هل يجوز وان
لم يكن قدر النقره معلوما فيه وجهان في الوسيط في زكاة النقدين وفي
باب الخلع منه تقييد وجه الجواز بما اذا كانت المعامله على اعيانها
وان الصحيح انه يقبل تفسيره المغشوشه بها اذا غلبت في المعامله والصحيح

في تعليق القاضي الحسين في باب بيع الطعام قبل ان يستوفى ان التعامل
بالدراهم العطرفية جائز في العين والذمة وهي دراهم من اشيا لا الوف
مقدار واحد منها ولا في السمة حاية وجه بالنسبة الى اختيار العامة حتى
ان الغش ان كان مغلوبا صح وان كان غالبا فلا قال الرافعي وربما نقل العراقيون
الوجهين على الاطلاق بينوا فيما اذا كان قدر النقرة معلوما او مجهولا والمذكور
في تعليق القاضي ابي الطيب في باب الربا ان الغش ان لم يكن له قيمة بان يكون
مستهلكا كالزرنيخ والاندرانية فانه لا يتحصل منه شي عند ادخالها
النار فيجوز شرا السلع بها بلا خلاف اصحابنا في ذلك وان كان له قيمة مثل
الرصاص والنحاس فهل يصح شرا السلع بها فيه وجهان اصحهما الصحة
وعلى هذا لو اشترى بها ذهبا ففي صحة العقد قولا تفريق الصفقة في
الحكم ومعنى الدراهم الزرنيخية والاندرانية ان يوخذ التمويه والزرنيخ
فيحمل مثل الدراهم ويطلى بالفضة كذا قاله المحاملي وقال الماوردي
في باب الزكاة لو كان قدر الفضة معلوما فان اشتهر عند الخاص والعام
بحيث لا ينقص ولا يختلف فالمعاملة بها جائزة على العين وفي الذمة
وان كان مجهولا او للغش قيمة نظر ان كان الغش في باطنها والفضة
ظاهرة غير ممتزجة فلا يجوز المعاملة بها في الذمة وفي جواز المعاملة على
اعيانها وجهان وان لم يكن الغش مقصودا او كان ممتزجا بها فلا يجوز
المعاملة عليها في الذمة ولا في العين وان كان متميزا كان دخولها جائز
المعاملة بها وعلى كل حال فلو اتلفها متلف لم يلزمه مثلها ولزمه رد
قيمتها بالذهب وحكم الذهب المغشوش حكم الورق المغشوش

قال وان كان لم يخلط عبدان لكل واحد منهما عبد فباعاهما بثمن
واحد ولم يعلم كل واحد منهما ما الذي يقابل عبده من الثمن بطل
العقد في احد القولين وهو الذي نص عليه لان الصفقة متعددة

البايع وقد

البايع وقد جهل كل منهما ما اختص به من الثمن فبطل كما لو
قال بعتك هذا العبد بما يخصه من الالف لو وزع عليه وعلى عبد
فلان وقد ادعى الامام في باب تفريق الصفقة الاجماع على بطلانه
قال وصح في الاخر ويقسط الثمن عليهما على قدر قيمتهما لان
جميع الثمن معلوم ويمكن التوصل منه الى معرفة ما يقابل كل واحد منهما
بواسطة التقويم وهذا القول ماخوذ من نصه فيما اذا كاتب عبدين
على عوض واحد انه يصح قال الرافعي في كتاب الصداق ومثل احد القولين
من القولين اللذين نص عليهما فيما لو تزوج امراتين او خالعهما على
عوض واحد وهذه طريقة ابن سريج وتاولها طرق احدها القطع
بفساد البيع واثبات قولين في الكتابة وبهذا قال ابو اسحق حكاه
صاحب البحر في كتاب الشركة وكذا قال ابو سعيد الاصطخري وقال ابنا
ابن سريج فانه خرق الاجماع وفرق بان البيع عقد معاوضة محضة وتاثير فساد
العوض والجهل به في البيع اشد من تاثيرهما في العقود الثلاثة لان البيع
يبطل بفساد العوض والجهل به والنكاح والخلع والكتابة لا يتاثر بذلك
والكتابة وان فسدت لا تلغو بل اذا ادى المسمى عتق بموجب التعليق قال
ابن الصباغ وما ذكره من خرق الاجماع فليس كذلك لان ابا حنيفة
وغيره يجوز ذلك الثاني اثبات قولين في البيع والقطع بصحة الكتابة
لما فيها من شايبة العتق ولهذا يجوز على خلاف الدليل ولان المالك
للعوض واحد والصادر منه لفظ واحد فصار كما لو باع عبدين من واحد
والثالث القطع بفساد البيع وبصحة الكتابة جريا على ظاهر النص
وتخصيص القولين بالنكاح والخلع والفرق ما بيناه واقرب الطرق
في البيع على ما حكاه الرافعي ما قاله ابن سريج والاصح من القولين البطلان
وفي الجيلي ان الاصح مقابله ويجري الخلاف فيما لو استاجر حلا ارض

من رجلين غير مشتركين بينهما صفقة واحدة باحد واحد وقطعا
لو باع رجل عبدين من رجلين لكل منهما عبد بثمن واحد وفي نظائر ذلك
اما اذا كان العبدان مشتركين بينهما على الاشاعة فباعاهما بثمن واحد
صح العقد وجها واحدا وعنه احترز الشيخ بقوله لكل واحد منهما
عبد او قد يظهر من قول الشيخ ولم يعلم كل واحد منهما ماله الاحتراز
عما اذا علم التوزيع قبل العقد انه يصح لانتفا المحذور ولو جوز ان يكون
احترز به عما اذا فصل الثمن فقال لاتفاق هذين العبدين بمائة مثلا
بهذا واربعون لهذا الآخر فقال البس الثمن في هذه الصورة واحدا بل
ثمنين وفي صورة المسئلة ان ياذن احدهما لصاحبه في بيع عبده بما راه من
الثمن او مع عبده بمائة او يوكلا وكيلا للذلك او يوجبا العقد بانفسهما
وصورته ان يقول المشتري اشتريت منكما هذين العبدين بمائة ويقول
كل منهما بعتكم **قلت** وقد يلاحظ فيما عدا هذه الصورة اتحاد
الصفقة وتعددها بالنسبة الى الوكيل كما سنذكره فاذا قلنا انها
متحدة امتنع التصوير بما عدا الاخيرة **قال** والجزر البيع بثمن
مجهول الصفة كالبيع بثمن مطلق اي في الذمة في موضع ليس فيه نقد
متعارف اي بل اشترى فيه رواج نقود ولا نعوض في البيع ولا الجزر
ثبوته في الذمة مع الجهل بصفته كالمسلم فيه اما اذا غلب نقد
منها او لم يكن سوى نقد واحد حمل العقد عليه وان كان دراهم مغشوشة
اذا جوزنا التعامل بها الا ان يعين غيره وهكذا الحكم في صفته من صحة
وتكسير ولو غلب من جنس العروض نوع فهل ينصرف الذكر اليه عند
الاطلاق فيه وجهان المذكور منهما في تعليق القاضي ابي الطيب
في باب الربا والمحكي عن ابي اسحق وهو المذهب في التتمة انه ينصرف اليه
والفلوس اذا اجتمع رواج النقود فالصحيح على ما حكاه الغزالي

اما

انما العروض ومقتضى هذا ان يجي فيها الوجهان عند الاطلاق
وقد جزم الرافعي بتنزيل العقد عليها لا يحتاج الى ضبطها بالوزن
بل الجزر بالعدد وان كان في الذمة صرح به القاضي الحسين في باب بيع
الطعام قبل ان يستوفى وكما يعتبر النقد الغالب في المعاملات
كذلك يعتبر في تقويم المتلفات فان تساوت في الرواج عين القاضي
واحدا للتقويم **قلت** وقد حكي في زكاة العروض ان راس المال اذا كان
عرضا واستوت نقود البلد في الرواج والمال يبلغ بكل منها نصابا ان
التقويم يكون بنقد اقرب البلاد اليها على وجه لانها لما استوت صارت
كالمعدومة ويتجه جريان هذا الوجه هاهنا **فروع** اذا اشترى من
رجل ثوبا بنصف دينار لزمه شق دينار ولا يلزمه من دينار صحيح
وكذا اذا اشترى ثوبا اخر بنصف دينار لزمه نصف دينار اخر مكسور
ولا يلزمه دينار صحيح وان شرط في البيع الثاني ان يعطيه دينارا صحيحا
عن الاول والثاني نظر ان كان البيع الاول قد لزم لم يصح الثاني وان كان
الاول لم يلزم بطل العقد ان قاله ابو الطيب في التعليق ولو ابتاع
ثوبا بنصف دينار ثم ابتاع اخر بنصف دينار على ان له عليه دينارا
كان البيع الاول والثاني جائزين لان المقصود بالثاني لا ينافيه قاله
الماوردي ولو باعه بالف درهم من نقد سوق كذا فان كان
مختلفا لم يصح وان كان غير مختلف فوجهان اظهرهما الصحة قاله
الماوردي ايضا في باب الربا ولو باعه بدينار صحيح فجاءه بصحيحين
وزنهما دينار فعليه القبول وان جاء بصحيح وزنه دينار ونصف
قال في التتمة عليه القبول والزيادة امانة في يده قال الرافعي والحق
انه لا يلزمه القبول لما في الشركة من الضرر وذكر صاحب البيان
نحوا من هذا ولو باع بنصف دينار صحيح وشرط ان يكون مدورا

قدح

جاز ان كان يعم وجوده ولو فاع ينقل انقطع عن ايدي الناس فهو
باطل وان كان لا يوجد في البلد بل يوجد في غيرها فان كان الثمن حالا
او مؤجلا الى مدة لا يمكن نقله فيها فهو باطل ايضا وان كان مؤجلا
الى مدة يمكن نقله صح ثم ان حل الاجل ولم يحضر فذاك والا
فيبنى على ان الاستبدال عن الثمن هل يجوز ان قلنا لا فهو كما لو
انقطع المسلم فيه وان قلنا نعم فيستبدل والا فينفسخ العقد
وفيه وجه انه ينفسخ وان كان يوجد في البلد الا انه عزيز فان
قلنا بجواز الاستبدال صح وان وجد صح والا فلا وان قلنا لا لم
يصح ولو كان النقد الذي جرى به التعامل موجودا ثم انقطع ان
جوزنا الاستبدال استبدل والا فهو كانقطاع المسلم فيه **قال**
فان باعه بثمن معين اي لم يثبت في الذمة لم يجز في احد قولين اي قولي
بيع العين الغائبة وقد تقدم الكلام عليهما **فرع** اذا ابطل
السلطان ذلك النقد الذي وقع العقد عليه اما لتعيبه او
لكونه غالب نقد البلد وقد اطلقا العقد لم يكن للبائع الا ذلك
النقد وفيه وجه انه مخير ان شاء اجاز العقد بذلك النقد وان شاء
فسخه كما لو تعيب المبيع قبل قبضه **قال** ولا يجوز البيع بثمن مجهول
لان مقابل يقسط من الثمن لانه يزيد بزيادة الاجل وينقص بنقصانه
واذا كان مجهولا جهل ما يقابله والمجهول اذا اضيف الى المعلوم ف
احسبه الجهالة فيبطل لذلك **قال** كالبيع الى العطا اي عطا السلطان
حقوق المرتزقة لانه يختلف ويتقدم تارة ويتأخر اخرى ولو قال
الى وقت العطا وكان معلوما جاز لانتفاء العلة **قال** وبيع حبل
الحبلة في قول الشافعي اي في تأويل الشافعي لقول ابن عمر نهى النبي
عن بيع حبل الحبلة كما رواه مالك عن نافع عنه **قال** وهو ان يبيع

بثمن الى

فذاك ثم

الى اجل الاجل

بيع بثمن الى ان يلد هذه الناقة ويلد ويحمل ولدها فيلد صوابه الى
ان تلد ويلد ولدها لان الحمل فاسد لكن هذا روي وما قاله الشيخ
هو ما رواه مسلم عن ابن عمر ولا مؤاخذة وانما قال الشافعي هذا التأ
ويل لانه تأويل ابن عمر وهو راوي الحديث فكان اعلم بمقصوده صلى الله عليه وسلم
تنبيه حبل الحبلة الباء مفتوحة فيهما وحكي اسكانها في الاولى
وغلط راويه والحبلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة قال الاخفش
امراة حابل ونساء حبلة وقيل الهاء فيها للمبالغة والحبل مختص
بالادميات ويقال لغيرهن حمل قال ابو عبيد لا يقال لشيء من الحيوان
حبل الا ما جاء في هذا الحديث **قال** ولا يجوز بيع السلع على شرط
بيع المنابذة وهو ان يقول اذا نبذت اليك الثوب اي القيته اليك
وقيل في قوله تعالى فانبذ اليهم وقوله تعالى فنبذوه **قال** فقد وجب
البيع وبيع الملامسة وهو ان يقول اذا لمسته فقد وجب البيع و
الاصل في ذلك ما روى الشافعي بسنده الى ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن الملامسة والمنابذة وعن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيعتين ولبستين اما البيعتان فالملامسة والمنابذة واما
اللبستان فاشتمال الصماء والاحتباء في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء
والمعنى في ذلك ما فيه من الغرر وهو صورة المنابذة على ما حكاه
الشافعي في المختصر ان يقول انبذ اليك ثوبي بعشرة ويكون النبذ بيعا
فعلى هذا يكون معنى قول الشيخ فقد وجب البيع اي انعقد ووجه
بطلانه اختلال الصيغة قال الائمة ويجيء فيه الخلاف المذكور في
المعاطاة فان المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها وقيل
صورتها ان يأتي احدهما بثوب مطوي او في ظلمة ويقول بعتك هذا بكذا
بشرط اني اذا لمسته البيع فامر ذلك المقام منظور ولا خيار لك اذا

بل

اذ ارايته والعله في بطلانه اذا منع بيع الغايب ظاهره وان
جوزنا فاشتراط قيام البيع مقام النظر في الامام ويتطرق
الى هذا احتمال من جهة ان من اشترى شيا على شرط نفي خيار
الرويه ففي صحة معنى الشرط خلاف ولا يمتنع ان يكون هذا على
ذلك الاختلاف وبهذا الاحتمال اجاب ابو سعيد المتولي في مثل هذا من
التاويلين مذكور في الملا مسه لكن المعقول فيها على ما حكاه
الرافعي عن المختصر الثاني وفيما نقل الامام والمتولي مما ذكرناه
ويحتاج كلام الشيخ ان حمل على التاويل الثاني الى الاضمار في الابتداء
ويقدر فيه لا يجوز تعليق لزوم البيع على شرط لكن يعكر عليه في
في المثال الثالث فانه يصير غير ملايم لهما فيتعين ان الشيخ اختار
التاويل الاول **قال** وبيع حبل الحبله في قول ابي عبيد اي
القسم بن سلام خرجا وبه حديث ابن عمر وهو ان يقول اذا اولدت
هذه الناقه وولد ولدها فقد بعتك الاولاد ووجه فساده انه بيع ما
ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه **تنبيه** اقتصر الشيخ
من الامثله في تعليق البيع على شرط على ما ذكره لان غيره دال على ما عداه
من جهة انه اذا امتنع انعقاد البيع بصيغة التعليق مع وجود
ما يدل على الرضا وهو الشبه بهما والكلام مع عدم ما يدل على
الرضا عند انعقاد العقد فالتعليق على قدوم زيد او طلوع الشمس
اولى **قال** فان جمع في البيع بين حر وعبد او بين عبده وعبد
غيره اي ولم يفصل الثمن عليهما ففيه قولان هذه المسئله هي
تفاعل تفريق الصفقه وعليها يتفرع مسايل كثيره في الابواب
وقد ذكرنا في اول كتاب البيع لم سمي العقد صفقه فاحد القولين
ان العقد يبطل فيهما وله تعليلان نقلهما ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه

اذا باع

اذا باع عبده وعبد غيره وغيره عزاهما الى الاصحاب احدهما
ان الثمن المسمى يتوزع عليهما باعتبار القيمه ولا ندري حصة كل
منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولا وصار كما لو قال بعتك عبدي
هذا بما يخصه من الالف لو وزع عليه وعلى عبد فلان والثاني ان
اللفظه الواحده لا يتاتى تبعيضها فاما ان يغلب عليها حكم الحلال
والحرام او بالعكس والاول اولى لما روي عن ابن عباس انه قال ما
اجتمع الحرام والحلال الا غلب الحرام الحلال ولان في تصحيح
العقد في الحرام ممتنع وابطاله في الحلال غير ممتنع فكان اولى ولو باع درهما
بدرهم بدرهمين وعلى التعليلين لا يجيء هذا القول فيما اذا ميز ثمن
الحلال منهما قال الماوردي لان تمييز الثمن يجعلهما كالعقدين
وفي التتمه انا اذا عللنا بالجمع بين الحلال والحرام فسد ايضا وفي
التهذيب ان المشتري لو قبل مفصلا فقال قبلت هذا بكذا
وهذا بكذا فاقبل البايع صح وان قال قبلتهما والتفريع على
هذا القول فعند قبل الاخو الجمع في القبول والمذهب جوازه لان
القبول مرتب على الايجاب والايجاب يقع مطلقا فيقع القبول كذلك
قال والثاني يصح في الذي يملك لانه لو كان البيع فيهما يوجب
حمل احدهما على الاخر لم يكن حمل الصحه على البطلان باولى من العكس
فوجب ان يسقط اعتبار احدهما بالاخر لتساوي الامرين ويحمل كل
منهما على مقتضاه في الحالين لان كل واحد منهما لو افرد العقد
عليه لخالف حكمه حكم صاحبه فوجب اذا جمع بينهما ان يختلفا ايضا
وكما لو اشترى صفقه عبدا وشقصا ثبت الشفعه وهذا القول هو
الصحيح عند القاضي ابي الطيب وقال ابن الصباغ وصححه غيره ايضا واختاره
الغزالي في موضعين من الوسيط في الاقاله وفي باب الصلح واجاب
اظهر بصفقه فسحقا ووجهه بان الصفقه جمعت شيين احدهما حلال والاخر حرام
الصلح من الكبير اذا اصطلحا على عبد فاستحق بعضه او سهم من الف سهم كان له نقض العبد
العبد ويرجع بقدر ما استحق منه ولا ينتقض الصلح كله قال الربيع الذي يذهب اليه الشافعي
الصفقه جمعت شيين حلالا وحراما فيبطل كله والصلح مثله كما سيخطه

القاضي عن جهالة الثمن بناءً على قولي تخييره بين أن يجيز بكل الثمن
أو يفسخ فلا جهالة إذاً وعلى القول الآخر يقول العقد وقع على ثمن
معلوم في الابتداء وإنما سقط بعضه لمعنى في العقد فصار كما إذا
رجع بأرش العيب فإن الثمن ما بقي وليس بمعلوم في العقد ومع هذا
فالبيع صحيح بما بقي قلت ويؤيد ذلك ما سنذكره في المرابحة عند
حط الزيادة وعن الثاني بأن الدرهم الذي بطل العقد فيه غير متميز
عما صح العقد فيه فإن كلاً منهما لو انفرد لصح العقد به فليس أحدهما
بالبطلان أولى من الآخر فأبطل العقد فيهما وها هنا الحرام متميز
عن الحلال فاختص الفساد به وحكى الإمام طريقة في المسألة
الأولى جازمة بعدم الصحة وهي التي صححها الشيخ أبو محمد في
السلسلة وحكى الخلاف فيما إذا باع خمراً وخلاً وخنزيراً وشاة
وميتة ومذكاة وأما إذا باع مملوكاً ومجهولاً فإن قلنا يجيز بقسطه
بكل الثمن لم يبطل وإن قلنا يجيز بكل الثمن فلا يبطل وجهاً واحداً
وحكى الرافعي على هذا وجهاً أنه يصح ويثبت له الخيار فإن أجاز
لزمه جميع الثمن وحكى الإمام الخلاف في مسألة الخمر والخنزير والميتة
مرتباً على الخلاف في الحر وأولى بالبطلان إذ فيه نقل عين لم يرد
العقد عليها ويظهر أن الخلاف على الفساد فوائد بعضها قد ذكر في الباب
وبعضها غير مذكور فمنه ما إذا باع ملكه وملك غيره وكانا مما
يتقسط الثمن عليهما بالأجزاء كالعبد الواحد والصبرة من الطعام
فعلى الأول يصح العقد في المملوك وعلى الثاني لا وهذا الطريق هو
الصحيح ويؤيده نص الشافعي في جريان القولين فيما إذا باع الثمار
قبل إخراج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء ومن
الأصحاب من قطع بالقول الأول ومنه ما إذا زوج أمته

وامة غيره

أمته وأمة غيره أو مسلمة ومجوسية فعلى الأول يصح نكاح الحل وهو الذي
رجحه الإمام وسنذكر في كتاب النكاح مع ما يتفرع عليه من المسائل
فليطلب ثم وعلى الثانية يبطل ومحل القولين في الأصل عند الشيخ
أبي محمد ما إذا كانا جاهلين بحقيقة الحال أما إذا كانا عالمين فإنه
يبطل وجهاً واحداً والجمهور على خلافه قال وللمشتري الخيار إن
إذا كان جاهلاً بالحال لتبعض الصفقة عليه قال إن شاء
فسخ العقد وإن شاء أمضاه فيما يصح بقسطه من الثمن في أحد القولين
لأنهما جعلا الثمن في مقابلة الحلال والحرام فلم يجز أن يجعل في مقابلة
الحلال كله لأنه غير ما تضمنه بذل البائع وقبول المشتري وهذا
هو الصحيح وعليه يتوجه الحجر عليه وهل يثبت للبائع الخيار إذا أجيز
العقد فيه وجهان أصحهما على ما حكاه الإمام وغيره أنه لا يثبت لكن
مع علمه بالحال قال وبجميع الثمن في القول الآخر لأن العقد إنما
يتوجه نحو ما يجوز بيعه فكان الآخر كالمعدوم ولأن المبيع قد ذهب
بعضه فأثبت للمشتري الخيار بين أخذه بجملة الثمن أو فسخ العقد كما في
العيب وعلى هذا لا خيار للبائع وقيل في مسألة الحر الخلاف مرتب على
الخلاف في العبدين وأولى بأن يجيز بكل الثمن حكاه القاضي الحسين أما إذا
كان عالماً بالحال قال الرافعي فلا خيار له وفيما يلزمه من الثمن القولان
ومنهم من قطع بأنه يلزمه جميع الثمن لأنه التزمه عالماً بأن بعض المذكور لا
يقبل العقد قلت والجزم بأنه لا خيار له فيه نظر فإن الإمام حكى
فيما إذا اشترى عشرين درهماً بدينار وأقبض الدينار وقبض الدراهم تسعة عشر
وفرعنا على انفساخ العقد في الدرهم وما يقابله من الذهب الباقي ولا تفريق الصفقة
فإن قلنا لا ينفسخ فهل يثبت للمشتري الخيار فيه ثلاثة أوجه وجه الثبوت
ظاهر ووجه عدمه أنه الذي سعى في هذا التبعيض إذ المسألة مفروضة

بين حلالين ثم تلف احدهما قبل القبض اي والاخر في يد البايع لم
سطل في الاخر لانتفا العلتين حالة العقد وقيل على قولين وهو
قول ابي اسحق المروزي لان الفساد الطاري قبل القبض حكمه حكم
الفساد المقارن للعقد كما في العيب والهلاك والمذهب في الحاوي
في باب الربا وال... والذي اجرا الاصحاب الاول قياسا على
النكاح فانه لو جمع بين اجنبيه ومحرم في العقد كان في صحة نكاح
الاجنبيه القولان ولو تزوج اجنبيتين ثم انفسخ نكاح احداهما
بردة وغيرها لم ينفسخ نكاح الاخرى فعلى هذا يثبت له الخيار
فان اجاز فكم يلزمه من الثمن قال الشيخ ابو حامد يأخذه بالحصه
قولا واحدا وحكى ابو الطيب في تعليقه فيها القولين السابقين
وانا ان قلنا يجيز بكل الثمن فلا خيار للبايع والاخر جهان قال
الامام ولا اتجاه للقول بانه يجيز بكل الثمن ولولا استهار
في النقل لما ذكرناه ثم قال الائمه القولان ها هنا مرتبان على
القولين في المسئله السابقه فان قلنا ثم يجيز بالقسط فها هنا
اولى اما اذا كان الاخر في يد المشتري وهو قايم فقد حكى الامام القولين
مرتبين على الصوره الاولى واولى بعدم الانفساخ لتاكد العقد
في العبد المقبوض بانتقال الضمان فيه الى المشتري ولو تلف في يد
المشتري قبل الاخر في يد البايع فقولان مرتبان على القولين في
الصوره قبلها واولى بعدم الانفساخ وهذه الصوره تناظرها
ما سياتي فيما اذا انقلب العين المستاجره في اثنا المده هل ينفسخ
في المده التي لم يستوفي المنفعه فيها فان قلنا تفريق الصفقه فهل
يثبت له الخيار في فسخ العقد في العبد الذي تلف في يده وكذلك
حكى نظيره من مسئلة الاجاره عنه حكاه في تعليق القاضي الحسين

فيما اذا تفرقا على خيار والثالث ان علما ان العقد ينفسخ في الباقي
وتفرقا عن فصل فلا خيار والا ثبت ويتجه ان يجي مثل ذلك ها هنا ولو
كان المبيع خمرا او حلالا او خنزيرا او شاة او ميته ومذكاه وصححنا العقد
فكم يلزم المشتري من الثمن عند لزوم العقد فيه طريقان احدهما القطع
بتمام الثمن وهو ما حكاه الماوردي ويحكى عن صاحب التلخيص واصحهما
طرد القولين فتقوم عند من يرى لها قيمه وهو الاصح عند الغزالي وقيل
تقدر الخمر خلا وهو المحكي عن ابن سريج فيما اذا اسلم الزوجان وقد جرى القبض
في بعض المهر الفاسد مع الوجه الاتي وقيل تقدر عصيرا وهو المحكي في
الصداق في الوسيط وغيره والخنزير تقدر شاه وقيل يقدر بقره وهو
ما حكاه في التهذيب ها هنا والذي اورده الجمهور الامام في نكاح المشركات
والميته تقدر مذكاه وتقوم **فرع** لو كان بالبلد من عبد نصفه فقال
لرجل بعتك هذا العبد فهل ينزل على النصف الذي يملكه او ينزل على
النصف منه شايعا فيه وجهان يحكيان في الوسيط في العتق في
السرايه فان حملناه على الاشاعه من جميعه بطل العقد في ربعه
وفي الربع الباقي قولا تفريق الصفقه واجرى الغزالي الخلاف في الاصل
فيما لو اقر بنصفه عبد قال وقال ابو حنيفه ينزل البيع على نصفه الخالص
والاقرار يشيع لان الانسان قد يخبر عما في يد الغير ولا يبيع مال الغير
وهذا متجه فليجعل وجها في مذهبنا **قال** وان جمع بينهما فيما لا عوض
فيه كالرهن والهبه اي مثل ان يرهن عبده وعبد غيره او يستعيد عبد
غيره فقد قيل يصح فيما يحل قولا واحدا نظرا الى العله الاولى قال الامام
وهذا فيه فضل نظر وان الدين لم يكن عوضا عن الرهن فرهن
بالدين الشي المجهول لا يصح على الاصح كما سياتي وما له يحتاج الى
هنا اهمل **قال** وقيل على قولين نظرا الى العله الثانيه **قال** وان جمع
في كتاب السرقه ثانيه حكى الخلاف في مسئلة البيع كما لو اقر ان لعلان في
نصفه على نصفه فالاقرار اولى وان نزلناه في البيع على نصفه في الاقرار يخرج على بن طاهر
وفرق بما اشار اليه الغزالي في اصل

واصحهما انه لا يثبت بخلاف ما لو كان العبد المقبوض باقيا اما لو
تلف او في يد البايع لان ملكه للعبد بالتلف قد استقر قراره وكذلك
المنفعة المستوفاة قال **فرع** اذا باع في مرض موته عبدا
يساوي ثلاثين بعشرة ولا مال له غيره ورد الورثة البيع في بعض المبيع فما حكم
الباقي فيه طريقان احدهما القطع بصحة البيع لانه نقل في الكل
ظاهرا والرد في البعض بعد ان حادث وهذا اصح عند صاحب التهذيب
ووجهه بان المحاباة في المرض وصيه والوصيه تقبل من الغرر ما لا
يقبله غيرها واظهرهما عند الاكثرين انه على قولي تفريق الصفقة
فان قلنا تصح العقد في الباقي ففي كيفيته وجهان احدهما ان
ان البيع يصح في القدر الذي يحتمله الثلث والقدر الذي يوازي الثمن
بجميع الثمن ويبطل في الباقي فيصح في مثالنا البيع في ثلثي العبد
بالعشرة ويبقى مع الوارث ثلث العبد وقيمته عشرة والثمن وهو عشرة
ويرد اليه مثلا المحاباة وهي عشرة والى ترجيح هذا مال ابن الحداد والاكثر
وقيل انه المنصوص عليه والثاني انه اذا ارتد البيع في بعض المبيع وجب
ان يرتد الى المشتري ما يقابله من الثمن وعلى هذا تدور المسئلة لان ما ينفذ فيه
البيع يخرج من التركة وما يقابله من الثمن يدخل فيها ومعلوم ان ما ينفذ فيه
البيع يزيد بزيادة التركة وينقص بنقصها فيزيد المبيع بحسب زيادة التركة
وتزيد التركة بحسب زيادة المقابل بحسب زيادة المبيع وهذا دور ويتوصل
الى معرفة المقصود منه بطرق يكثر اسمها وهو ان ينظر الى ثلث المال
وننسبه الى قدر المحاباة ونجيز البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث الى
من المحاباة فنقول في هذه المسئلة ثلث المال عشرة والمحاباة عشرون
والعشرة نصف العشرين فيصح البيع في نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف
الثمن وهو خمسة فكانه اشترى سدسه بخمسه وثلثه وصية له يبقى مع

وذلك

يبقى مع الورثه نصف العبد وقيمته خمسة عشر والثمن خمسه فالمبلغ
عشرون وذلك مثلا المحاباة وقد ذهب الى ترجيح هذا القول اكثر
الحساب وابن القاص وابن اللبان وتابعهم الامام وادعى انه اختيار
ابن سريج قال الرافعي لكن في هذه الدعوى نظر فان الاستاذ ابا
منصور وغيره
نسبوا الاول الى اختيار ابن سريج ولو باع المريض قفيز حنطه
بقفيز حنطه وكان قفيز المريض يساوي عشرين وقفيز الصحيح
يساوي عشرة ومات المريض ولا مال له غيره ورد الورثه المحاباة
بالعول
ف
وقلنا بجواز تفريق الصفقة فان قلنا بالاول فالبيع باطل فيهما لا محالة
لان معناه صحة البيع في قدر الثلث وهو ستة وثلثان وفي قدر الذي
يقابله من قفيز الصحيح وهو نصفه فيكون خمسة اسداس قفيز في مقابله
قفيز وذلك ربا وان قلنا بالثاني صح البيع في ثلثي قفيز المريض بثلثي
قفيز الصحيح ويبطل في الباقي وبهذا قطع قاطعون لئلا يبطل غرض
الميت من الوصيه وهو الاصح في التهذيب وعلى ذلك فالمشتري الخيار
في فسخ البيع ولا خيار للورثه في ابطال البيع وما حكي عن صاحب التلخيص من
حكايه قول ان للورثه الخيار في فسخ البيع وقال انه لا خيار للمشتري فقد
نوقش فيه **قال** وان جمع بين عقدين يختلف الحكم كالبيع والاجارة اي
قال
مثل ان يقول بعتك هذا العبد واجرتك هذه الدار سنة بكذا او احلاف الحكم
فيها ان التاقيت في الاجارة شرط وهو مبطل في البيع ويجوز التصرف فيهما
مع تعرضهما للانفساخ بعد قبض العين في البيع بخلافهما **قال** والبيع
والصرف مثل ان يقول بعتك هذا العبد وهذا الدينار بهذه الدراهم
فالصرف بيع الدينار بما يقابله من الدراهم والبيع بيع العبد بما يقابله
من الدراهم واختلاف حكمهما ان الصرف يبطل بالتفرق قبل التقابض
بخلاف البيع ولو باع بذهب في هذه الصورة كان من صور مد عجوه
قال والبيع والنكاح اي مثل ان يقول زوجتك ابنتي وبعتك عبدها

هذا ابنها به وله تزوجها وبيع عبدها او زوجتك جاريتي ان كان ممن يحل
له نكاح الامه وبعتك عبدي هذا ابدا او في الجيلي بصورتها ما اذا قال
زوجت ابنتك واشتريت منك عبدك بالف درهم وذلك تصويرها في
السلسلي ايضا وفيه نظر لان هذا من باب ما اذا باع عبده وعبد غيره
بثمن واحد واختلاف الحكم فيما ذكرناه ان النكاح لا يفسد بفساد مقابله
بخلاف البيع قال والبيع والكتابه اي مثل ان يقول كاتبتك وبعتك
هذه الدار بالف تؤديها في نجمين واختلاف الحكم فيهما ان الكتابه تبطل
من فسخ الكتابه متى شاء بخلاف البيع قال ففيه قولان احدهما تبطل
العقد فيهما لان حصة كل واحد من العقدين من الثمن مجهوله حالة
العقد والعوض لابد ان ينضبط بعله وكان اختلاف الاحكام تغلب على الظن
وقوع الانفساخ في احدهما وذلك يجر جهلا الى العوض فابطل العقد
قال والثاني يصح وينقسط الثمن عليهما على قدر قيمتهما اي ان ملك
وفي النكاح على مهر المثل لانهما ما اشتملت على ما يمنع افراده بالعقد
والصفقه متحده في نفسها فلا حاجه الى علم توزيع في الابتدا حتى
يفضي الى جهالة فاشبه ما اذا اشترى شقصا مشفوعا وسيفا
فان ما فيهما من اختلاف الحكم لا يمنع صحة العقد وهذا هو الاصح
وفرق الامام بينهما بان مقصود العقد في الشقص والسيف لا
يختلف فيما يتعلق بالفسخ والتنفيذ وصورة القولين تنتفي من اختلاف
يتعلق بالفسخ والاجازه فيسبب انه اذا قدر سبق الفسخ الى شي اعتاض ما
ينبغي في مقابله الباقي ويرجع هذا الاشكال الى وضع العقد ان التشقيص
اذا اخذ الشقص فهو مقرر للعقد وان كان يتسلط بعضه وبين المشتري
توزيع فهذا لا ينعطف الى العقد فسخا والبعض نعم لو اشترى شقصا
مسقوعا وسيفا ثم ان المشتري باعهما فهو يلتحق بصورة القولين وحكي عن

القاضي الحسين

٦٤

عن القاضي الحسين في التعليق والصوره هذه ابدا وجهين في
ثبوت الخيار للمشتري اذا لم يعلم الشفيع بالبيع الاول وكان المشتري
جاهلا بالحال واظهرهما انه لا يثبت والثاني انه يثبت له لتبعيض
الصفقه عليه وانتزاع الشقص منه ويجري القولان فيما لو جمع بين بيع
وسلم وفيما لو باع صاع حنطه ودرهما بصاع شعير ودينار ووجه
الاختلاف فيهما ان الطعام بيع مقابلا بما في الجانب الاخر من شعير
وذهب وبيع الطعام بالنقد لا يشترط فيه التقابض وبالشعير
يشترط فيه التقابض واعلم ان قول الفساد فيما اذا جمع بين البيع
والنكاح مقصور على البيع والصداق اما النكاح فصحيح قال الرافعي
بلا خلاف وكذلك جزم بناه على ان النكاح لا يفسد بفساد الصداق
وحكى الغزالي الخلاف في فساد النكاح من باب الصداق ونسبه الامام
الى بعض المصنفين وقال الوجه القطع بصحة النكاح وانما اخذ هذا
من تردد الاصحاب فيما اذا جمع نكاح مستحله ومحرم في عقد فانه
نقل قولا في فساد المستحله مشهورا على ضعفه وقول الصحه في
الكتابه والبيع لا يرجح الى البيع فانه باطل جزما جزما على ما حكاه
الرافعي وغيره لتقدم احد شقيه قبل تمام عقد الكتابه وانما يرجع الى
الكتابه لكن قد اقترن بها عقد فاسد فتخرج صحتها على هذا القول
على تفريق الصفقه فان جوزت صحت والا فلا وحكى السلسلي في صحة البيع
مع الكتابه طريقين احدهما ما ذكرناه والثاني طرد القولين في الجميع وفي
المجموع للمحاملي ان القول بصحة البيع محكي عن الشافعي وفي تعليق
القاضي الحسين تشبيه الطريقين بالطريقين المذكورين فيما اذا
قال اشتريت مثل هذا الزرع هذا ان علي حصاده بدرهم فان منهم

الصدور في

ايضا

من جزم ببطلان الاجارة لما ذكرناه من الجهالة بالعلة ومنهم من
طرد القولين في صحتها وهو الذي اختاره ابن الصباغ وحكى
الرافعي في مسألة الزرع طريقة قاطعة بفساد العقد ومن صححها
وهذه الطريقة قال بها القاضي الحسين لا يجيء فيما اذا اشترى مثل
الزرع واستاجره على حصاده بل جزم بل في ذلك الطريقان لان
والاتيان بلفظ الشرط تعبيرا المقتضي للعقد وهو وجوب الحصاد
على المشتري **فرع** لو اشترى حطبا على ظهر بهيمة مطلقا فيصح العقد
ويلزم البيع في موضعه او لا يصح حتى يشترط تسليمه اليه في موضع لان العادة
تقتضي حمله الى داره حكى المتولي في ذلك وجهين اما اذا اشترط حمله الى بيته
فان كان مجهولا بطل وان كان معلوما خرج على ما ذكرناه في مسألة الزرع
صرح القاضي الحسين ولو اشترى حطبه بشرط القطع على ان يرسل فيهما
دابته بطل العقد قاله العبادي في فتاويه **فائدة** الصفقة تتعدد
بتفصيل الثمن قطعا كما اذا قال بعتك هذا بكذا واجرتك هذا بكذا فقبل
المشتري كذلك ولنسبت هذه الصورة مما جرى فيها القولان وكذلك لو جمع
المشتري في القبول فقال قبلت فيهما على المذهب لان القبول يترتب على الايجاب
وقيل اذا لم يجوز تفريق الصفقة لم يجز الجمع في القبول وتتعدد ايضا
بتعدد البائع وان اتحد المشتري كما اذا باع اثنان عبدا من واحد صفقة
واحدة ومقتضى هذا انهما اذا اوجبا العقد له على عبد بالف فان قال
بعتك هذا العبد بالف كما صوره القاضي الحسين فقبل نصيب احدهما هو
النصف بخمسمائة ان يصح كما حكاه الامام في باب الخراج بالضمان وادعى انه لا
خلاف فيه وقد حكى القاضي الحسين في التعليق فيه وجهين وهل تتعدد
بتعدد المشتري مثل ان يشتري اثنان عبدا من واحد فيه قولان اصحهما
نعم كما في طرف البائع وهذا ما حكاه القاضي ابو الطيب والبندنيجي والثاني

والبندنيجي في باب الخراج بالضمان والثاني لا فعلى الاول لو باع
اثنان من اثنين عبدا فقبل احدهما نصيب احد البايعين
بنسبته من الثمن ففي صحته وجهان صرح بهما القاضي الحسين وغيره
قال الامام في باب الخراج بالضمان والظاهر عندي النقل ان ذلك ممتنع
والظاهر في القياس الصحيح وهل تتعدد بتعدد الوكيل فيه اربعة
اوجه احدها النظر الى العاقد وبه اجاب ابن الحداد وهو الاصح
عند الشيخ ابي علي والاكثرين والثاني وبه قال ابو زيد والخضري ان
الاعتبار بالمعقود له وهذا اصح عند الغزالي والثالث ويحكى عن
ابي اسحق ان الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي طرف الشراء بالعاقد
والفرق ان العقد يتم في جانب الشراء بالمباشر دون المعقود له
الا ترى ان المعقود له لو انكر دون المباشر ماذونا له وقع العقد
عن المباشر وفي جانب البيع لا يتم الا بالمباشر حتى لو انكر المعقود
له الاذن بطل قال الامام وهذا الفرق فيما اذا كان التوكيل بالشراء
في الذمة اما اذا وكله بشراء عبد بثوب له معين فهو كالتوكيل بالبيع
والرابع ذكره المتولي ان الاعتبار في جانب الشراء بالوكيل وفي جانب
البيع بهما جميعا فايهما تعدد تعدد العقد وثمرة هذا الخلاف تظهر
في الابواب ان شاء الله تعالى **قال** وان جمع بين شيئين في بيعه بان قال
في احد النوعين سلما لاي اللذين ذكرهما الشافعي فيها دواه ... ال
اي ... ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة **قال** بعتك
هذا العبد بعشرة على ان تبيعني دارك بكذا بطل البيع لان الخبر
ولانه شرط في عقد ولا يصح الشرط واذا اسقط الشرط وجب ان
يضاف الى السلعة من الثمن ما سقط بازاء الشرط وذلك مجهول
فيصير الثمن مجهولا فعلى هذا لو وقع البيع الثاني بالثمن الذي يجب باتباعه

له نظر ان علما فساد الاول صح الثاني وان جهلا صحته فقد حكى
الامام هاهنا والقاضي الحسين في التعليق ان البيع صحيح قال
القاضي الا ان يعلق انعقاد احدهما بانعقاد الاخر ويجعل الايجاب
في احدهما ايجابا في الاخر فحينئذ يبطل كنكاح الشغار فيقول بعتك
هذا العبد بكذا على ان تبيعني دارك فان وجبت لي العبد وجبت لي
دارك فيمتنع العقدان وهذه الزيادة حكاها الامام ابو داود عن
الشافعي من تتمة هذا التاويل والذي حكاه الامام هاهنا قد عزاه
الى شيخه في باب ما يفسد الرهن وان كان المشتري يعتقد ان الوفاء
به واجب لم قال وقياس ما ذكره القاضي ان البيع على اعتقاد الوجوب
فاسد مردود وهذا ما جزم به المتولي والبغوي وقد تعرض
الغزالي لهذا الخلاف في الرهن وقول الفساد دليله ما حكاه
الامام متصلا بباب نفقة الاقارب فيما اذا وهب المشتري
الاب استباعا على اعتقاد انه يستحقه عليه فان له الرجوع كما حكاه
الصيدلاني عن القفال اذا لاجر على الذي امره قال او قال في
التاويل الاخر بعتك بعشرة نقدا او بعشرين نسيئة بطل البيع للخبر
ولان الثمن مجهول لانه لا يدري انه عشرة نقدا او عشرين نسيئة وانه
لم يجزم بالايجاب بل تردد والتردد في الايجاب مانع من الصحة وهذه
المسئلة قريبة الشبه بما اذا قال بعتك عبدا من هذه الاعبد الثلاثة
ولك خيار التعيين وقد ادعى الامام فساد البيع فيها بالاجماع وفي
الحاوي ان الامام مالكا قال بصحة البيع قال وان فرق بين الجارية
وولدها قبل ان تميز بالبيع قبل سبع سنين بطل البيع
والاصل فيه ما روى ابو داود عن علي انه فرق بين جارية وولدها
فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع وروى البيهقي عن
[illegible] مثله في مسئلة بيع الصبرة ولنتحول لك فتح

الى ايوب

الى ايوب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وقال انه حديث حسن
صحيح غريب وبالتسليم يحصل التفريق المحرم فيكون ممنوعا منه شرعا
والممنوع شرعا كالممنوع حسا وقوله صلى الله عليه وسلم لا توله
والدة بولدها وذلك يحصل بالبيع فكان منهيا عنه قال الجوهري
الوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد وهذا هو الجديد
وبه قال البغداديون ولا فرق فيه بين ان ترضى الام بالتفرقة ام
لا كما جزم به الماوردي وقال الرافعي في كتاب السير حكاية وجه عن
رواية ابن القطان والقاضي الطبري انه يرتفع التحريم فيصح وروى الامام
والقاضي الحسين في كتاب الرهن عن القديم قولا ان البيع يصح وان النهي
محمول على التنزيه ونسب الماوردي هذا في كتاب السير الى البصريين وقال
انهما لا يقران على التفرقة فان تراضى المتبايعان على ضم احدهما
الى الاخر تم البيع الاول وان تنازعا فسخ البيع الاول وعن كتاب
ابن سريج انه يقال للبائع الاول اما ان تطوع بتسليم الاخر والا نفسخ
البيع فان تطوع بالتسليم وامتنع المشتري من القبول فسخ ويحكى
القولين على ما حكاه ابو الفرج الزاز فيما اذا كان التفريق بعد سقي الولد
اللبأ فاما قبله فلا يصح جزما لانه تسبب الى هلاك الولد وزاد
الماوردي على سقي اللبأ ان يجد مرضعة ترضعه تمام الرضاع
على ما حكاه في كتاب الرهن في اثناء فصل منه والوالد في معنى الوالدة
على المذهب في التتمة والشامل في كتاب السير وغيرهما خلافا
لابن سريج وقال الغزالي هاهنا الظاهر ان الوالد في معنى الوالدة
ولا يتعدى الى غيرهما من الاقارب وفي الجدة احتمال وقال في كتاب السير
الجدة عند عدم الام في معناها اي اذا كان لها حق في الحضانة

كما قاله الماوردي ولو بيع مع الجدة عند وجود الام فهل يسقط
التحريم فيه وجهان والخلاف فانه ساغ مع الجدة دون الجدة والاب هل
يلحق بالام في تحريم التفريق فيه وجهان بناء على الحضانة بها فهل يتعدى الى
ساير المحارم فيه وجهان وعلى الثاني القول المنع في الاب والمحارم
لما روى ابو داود عن ابي موسى انه صلى الله عليه وسلم قال ملعون من فرق
بين الوالد وولده وبين الاخ واخيه وفي الحاوي فيما اذا كان مجتمعا
مع جداته او اجداده من قبل ابيه ثلاثة اوجه احدها يجوز التفريق والثاني
لا يجوز وسطها في ذلك الانثى والذكر اذا قيل بتحريم التفرقة بينه وبين
الاب والثالث يجوز التفريق بينه وبين الجد ولا يجوز بينه وبين الجدة

قال وفيما بعد ذلك الى البلوغ وجهان اصحهما لا يجوز لما روى الدارقطني عن
عبادة بن الصامت قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يفرق بين الام وولدها فقيل
الى متى قال حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية وهذا ما جزم به القاضي الحسين
في الرهن والظهر هذا هو الذي نقله المزني وجزم به الماوردي في كتاب
الصداق وابن الصباغ في الرهن وجعله الامام في السير المذهب انه
يجوز لانه مستقل يستغني عن التعهد والحضانة فاشبه البالغ فانه
يجوز التفريق بينه وبينها لكن مع كراهة والحديث في اسناده عبد الله
بن عمرو بن حسان قال عبد الحق هو ضعيف الحديث وحكم الهبة والوصية وكل
جهة يملك بها حكم البيع صرح به الامام والقاضي الحسين في باب السير
وفي الرافعي الجزم في الوصية بالجواز موجها ذلك بان الموت لعله يكون
بعد انقضاء التحريم وفي التتمة ان الوصية بالحمل دون الام او بالام
دون الحمل هل يصح ام لا فعلى هذين القولين في التفريق هل الاصل
وانما قلنا ذلك لانه لو اراد ان يفرق بين الام والطفل بالوصية لا يجوز في
احد القولين كما لا يجوز في البيع **قلت** وكان يتجه ان يقال ان قلنا ان

الملك

ان الملك يحصل بالموت فيجوز لانه فهو كما في الرد بالعيب وان
قلنا لا يحصل به فلا يصح وذلك مستمد مما سنذكره عن المتولي في الوصية
للكافر بالعبد المسلم والمحرم الصيد والرد بالعيب اختلاف
للاصحاب والمذهب الجواز وفي تعليق القاضي ابي الطيب في كتاب
السير الجزم بمقابله وقال ان ذلك لا يجعل عذرا له في العيب الحادث عند
المشتري وحكى الشيخ انه لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم تقايسا
البيع في احدهما جاز ولو كانت الام رقيقة والولد حرا او بالعكس فلا منع
من بيع الرقيق ذكره المتولي ووافق المتولي بين ما اذا كان الولد رقيقا او
حرا فتفرق من احدهما انه اذا كان رقيقا امكن بيعه معها ولا كذلك اذا
كان حرا والثاني انه اذا كان مملوكا فحضانته للام فاذا فرق بينهما
سقطت الحضانة وليس كذلك اذا كان حرا فليس فيه ابطال لحقها
حكى ذلك في باب الرهن وحكم الولد المجنون حكم الولد الذي له دون
سبع سنين صرح به القاضي الحسين في باب السير وامتناع التفريق
ينتهي بافاقته **فرعان** احدهما لو باع بعض الولد مع جملة الام
في عقد واحد لم يصح اشار اليه ابن الصباغ في كتاب الصداق وعلله
صاحب الاجمال على ما في التتمة من الاجمال بان ذلك يودي الى التفرقة
بينهما وبين الولد في بعض الزمان **الثاني** التفريق بين البهيمة وولدها
بعد استغنائه عن اللبن جائز وعن الصيمري حكاية وجه فيه **قال** وان
باع شاة الا لبنها او جارية الا حملها او جارية حاملا بحر بطل البيع لما
روى مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا ومن نقل من ذكر هذا الحديث
مع تفسير الثنيا ومحل الكلام في بيع الشاة الا لبنها اذا كانت حية اما
اذا كانت مذكاة فان كان اللحم معلوما كالاكارع جاز صرح به القاضي حسين
في التعليق عند الكلام في بيع الثمار الا ان فرق في الحمل بين ان يكون الحمل للام
ويستثنيه باللفظ او لا كما اذا اوصى له به ويكون مستثنى بالشرع اذا

اذا علم المشتري الحال وحكى الغزالي فيما اذا استثنى الحمل عن البيع
وجهين احدهما الصحة قال وكان الولد حرا فان بيع الام صحيح على الظاهر
حامل في النسمة وهذه الطريقة على قولنا الحمل لا يعلم اظهر انها معلومة
مقدور على تسليمها والحمل تابع لها فلا يجوز ان يتغير الحكم فيها بسبب
التابع وحكى القاضي الحسين في التعليق ان مالك الجارية الحامل اذا باعها من
مالك الحمل صح على وجه **فرع** لو وكل مالك الحمل مالك الام في بيعه او وكل
مالك الام مالك الحمل في بيعها فباعهما دفعة واحدة لم يصح قاله المتولي
فائدة اطلق نقل الامام والغزالي صحة بيع الامة الحامل بالحر في مواضع
اذكرها لك في الفصل قال الامام قبيل باب النهي عن بيع وسلف ان الاصح
صحة العقد وابعد بعض اصحابنا فذكر وجها في منع بيعها الى ان تلد
وذكر قال اذا كان الحمل بالوصية لزيد وكانت الجارية لعمرو فاذا باع مالك
الجارية الجارية فهو كما لو فرض البيع وهي حامل بولد حر وهذه مادة
ما حكيناه عن الغزالي من قبل وفيما حكاه في كتاب الرهن فانه قال اذا وطئ
الراهن الجارية وقلنا لا ينفذ الاستيلاد فان بيعت وفي بطنها الولد
الحر صح وفيه وجه انه يبطل فان كان ما نقله الامام في هذا الموضع خالف
ذلك فانه قال اذا احبل الحر وهي حامل فالذي نقله الائمة قطع الصيدلاني
القول بانه يمتنع بيعها لمكان استثناء رحمها على الولد الحر وقد نقلت في
هذا اختلافا في كتاب البيع ونزلته منزلة ما اذا باع جارية حاملا بولد
مملوك واستثنى حملها ولكن المذهب المنع كما ذكره الاصحاب وان كان
يجوز البيع مستثنا وقد حكى الغزالي هذا النحو في كتاب الرهن النكاح
حيث قال فيما اذا وطئ الاب جارية الابن واحبلها اما اذا قلنا لا
يحصل الاستيلاد فلا يجوز بيع الجارية وهي حامل بولد حر وفي كتاب
السير حيث قال فيما اذا وطئ جارية من المغنم اذا لم يحصل الاستيلاد دون

الموهوبة

الولد

الولد فهذه حامل بحر والاصح منع بيعها والذي حكاه الرافعي
عن اختيارهما الاول فتأمل ذلك مع كلام الامام والغزالي في موضع
مناقضته فانه قال والحق منع بيع الجارية الحامل بالحر كبيع الامة التي
استثني حملها والامر كما حكاه في البيع على العكس والله اعلم **فرع** لو
باع شاة لبونا واستثنى لبنها ففي صحة البيع وجهان حكاهما المزني
واصحهما انه لا يجوز كما لو استثنى الحمل من بيع الجارية والبيض من بيع
الدجاجة والكسب من بيع السمسم والحب من بيع القطن والقز على الوجه
الثاني انه يقدر على تسليم المبيع حالة العقد بخلاف تلك الصورة ولا وجه
مانع اخر وهو اختلاط اللبن بما يتجدد ولو لم يستثن اللبن دخل في العقد
قال في التتمة وقابله قسط من الثمن قال القاضي ابو الطيب في التعليق
قولا واحدا وفي الوسيط في باب بيع المصراة انه لا يقابله قسط من الثمن على راي
قال وان باع جارية حاملا وشرط حملها معها جاز او مبنيا على ان الحمل
هل يعرف فيصح ان يقابله المعلوم ام لا وفيه خلاف فان قلنا بالاول وهو
الاصح صح البيع كما لو شرط في العبد انه كاتب فان ظهر انها غير حامل فله
الخيار وان قلنا بالثاني بطل البيع كما لو شرط معها شيئا مجهولا
وهذا ظاهر النص في باب الصرف فانه قال ولا خير في ان يبيع الرجل
الدابة ويشترط عقاقها واراد به ان يشترط حملها والعقوق الحامل
والعقاق الحمل وقيل القولان في غير الادمي من الحيوان اما في الادمي
فيصح قولا واحدا لان الحمل فيها عيب فاذا اطلق انتفى عنها العيب
فيصير كما لو شرط انها سارقة فخرجت غير سارقة وقيل لا يصح فيهما
اذا اشترط الحمل قولا واحدا ولو شرط في الشاة المبيعة لبونا صح العقد
عند العراقيين وجها واحدا وحكى الامام في ذلك طريقين احدهما ما صار
اليه العراقيون والثاني طرد القولين وكذا فيما لو شرط حشو الجبة ومنهم

من جزم فيهما بالصحة واجرا القولين فيما عداها وهذا فيما اذا لم
يصرح ببيع الحمل او اللبن او الحشو اما اذا قال بعتك هذه الجارية وحملها او
هذه الجبة وما فيها من الحشو او هذه الشاة وما في ضرعها فمنهم من حكى خلاف
وجزم بعضهم بالصحة في الجبة لان الحشو داخل في مسمى الجبة فلا يضر
ذكره ما دخل في اللفظ لا ان القبض منصوص عليه والحمل غير داخل في
مسمى الجارية فلا يصح ذكره شيء مجهول مع معلوم واذا قلنا بالبطلان في
حشو الجبة ففي بيع الظهارة والبطانة جواز تفريق الصفقة وفي كلام
الامام تعرض الى اجرا مثل هذا الخلاف في الجارية والشاة وبيض
الطير وحمل الجارية والدابة في جميع ذلك **فرع** لو شرط ان الشاة تضع
لرأس الشهر ونحوه لم يصح البيع قولا واحدا وكذا لو شرط انها تدر كل
يوم كذا رطلا من اللبن لم يصح البيع وفي زوائد العمراني حكاية وجه
في الثانية في باب المصراة. **قال** وان باع عبدا مسلما من كافر بطل البيع
في اصح القولين لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولان
الرق ذل فلا يصح اثباته للكافر على المسلم كما لا ينكح الكافر المسلمة وهذا
نصه في الاملاء. **قال** ويصح في الاخر ويؤمر بازالة الملك فيه اما صحة البيع
فلان من صح بيعه للعبد صح شراه كالمسلم ولان اسلام العبد المبيع
من يملكه عليه لا يمنع من دخوله في ملكه بالشراء كالمسلم ولانه
سبب يملك به العبد الكافر فيملك به العبد المسلم كالارث واما كونه يؤمر
بازالة الملك فلان به يحصل دفع الذل عنه وهذا القول هو الاظهر في
الكتب على ما حكاه القاضي الحسين وقال البغوي في اواخر كتاب الجزية
انه القديم وان الاول هو الجديد والقولان يجريان فيما لو وهب له او
اوصى له به وقال في التتمة هذا اذا قلنا ان الملك في الوصية يحصل
بالقبول اما اذا قلنا يحصل بالموت ثبت بلا خلاف كالارث وحكى في

الزوايد

وحكى في الزوائد في كتاب الجزية عن الطبري انا اذا لم نصحح البيع ففي صحة
الوصية وجهان احدهما ان الحكم كذلك ولا يؤثر اسلام الموصى له بعد ذلك
وان كان قبل الموت والثاني ان اسلم قبل الموت صح والا فلا وحكى في
الحاوي في باب عقد الذمة في صحة الوصية ثلاثة اوجه ثالثها ان اسلم
الموصى له قبل القبول ملك العبد والا فلا وعلى القولين الجواز
بيعه ممن جاز صرح به الشاشي في الحلية ومحل هذا الكلام في جواز
نكاح الامة ويجوز ان يبيعه من مسلم بشرط الخيار قاله البغوي في كتاب
الجزية ويتفرع على القولين مسائل منها لو اشترى من يعتق عليه
ففي صحته وجهان احدهما لا يصح كما لو لم يعتق عليه والثاني يصح وهو
الاصح قال القاضي ابو الطيب كما لو قال لمسلم اعتق عبدك عني فانه
دخل في ملكه وعتق وهو الا على علته خلاف ما يقتضيه بناء الرافعي ها هنا
وحكى الامام وغيره جريان الخلاف في هذه الصورة لكن رتبها على الاولى
واولى بالصحة لان الملك لا يجري فيه الا ضمنا مقدرا او شرا الاب
يبيع على حقيقة المبايعات ببطلان التعليق بالاعوار ويفسد بفساد
العوض حتى اذا افسد ولا عتق وهذا يشعر بان الملك مقصود فيه والعتق
بعده واستدعاء العتق يقبل التعليق ولو ذكر عوضا فاسدا نفذ العتق
ورجع الى بدل الحر على قياس البدل في الخلع فاقتضى ذلك ترتيبا ولو قيد
حربه عبدا مسلما لم اشتراه ففي الخلاف ترتيبه على الصورة الاولى واولى بالبطلان
لان العتق وان حكم به ظاهرا غير متحقق بخلاف صورة القريب فانه واقع
تحقيقا ولو اشتراه بشرط العتق وصححناه فمن الاصحاب من خرجه على الوجهين
في شرا القريب ومنهم من جزم بالبطلان وفرق بان القريب يعتق عقيب الشراء
وها هنا العتق موقوف على اختياره واستيجار الكافر المسلم ينظر فيه ان
ورد العقد على الذمة صح وان ورد على العين قال القاضي ابو الطيب

من اصحابنا من قال عنه قولان في الشرا ومنهم من قال لا يصح وهذا الظاهر
عند الرافعي لان الاجارة لا تفيد ملك الرقبة ولا تسلط عليه تسليطا
تاما بل هو في يده بنفسه ان كان حرا وفي يد مولاه ان كان عبدا وعلى هذا
هل يؤمر بازالة الملك عن المنافع فيه وجهان جواب الشيخ ابي حامد
والقاضي ابي الطيب نعم او اخر كتاب عقد الذمة منهما نعم ولو لم يفعله
فقياس ما تقدم ان يؤجر عليه وفي الحاوي في كتاب الاجارة ان الحاكم
يفسخها عليه وقد قال في كتاب عقد الذمة بعد حكاية القولين في صحة
الاجارة والصحيح عندي ان يختبر حال الاجارة فان كانت معقودة
على عمل يحمله والاجير فيه بنفسه لا في يد المستاجر يتصرف فيه على
موجب عقده لا على راي مستاجره كالخياطة والصياغة صحت الاجارة
وان كانت معقودة على تصرف الاجير في يد المستاجر على امره كالخدمة لم تجز
وجزم بانا اذا صححنا الاجارة على الجديد ونحوها فانه يؤمر بازالة الملك
وفيما اذا كانت الاجارة على ما يعمله في يد نفسه بعدم الاجبار وفي
جواز ارتهان الكافر العبد المسلم خلاف قال الرافعي ولا خلاف في جواز
اعارته وايداعه وسياتي الكلام عليه في العارية ان شا الله تعالى واذا
باع الكافر عبدا مسلما كان قد اسلم في يده بثوب ثم وجد الثوب عيبا فهل
له رده واسترداد العبد حكى الغزالي والامام فيه وجهين في النهاية
والتتمة ان له رد الثوب لا محالة وفي استرداده العبد وجهان اظهرهما
ما ذكره الغزالي ان له استرداده وعلى مقابله يصير كالهالك ولو وجد
المشتري بالعبد عيبا والصورة هذه فاراد رده واسترداد الثوب
فعن الشيخ ابي محمد طرد الخلاف لانه كما لا يجوز للكافر تملك المسلم لا
يجوز للمسلم تمليك الكافر اياه فاذا امتنع من الرد رجع الى الارش وكذا
غيره للقطع بالجواز ولو تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يصح على القول

حاشية نقل

في

بلغ

الاول على البيع

على القول الذي عليه التفريع وان قلنا انها فسخ فوجهان ولو
اشترى عبدا كافرا فاسلم قبل القبض فهل يبطل العقد فيه وجهان
اذا كان البائع مسلما ولو كان كافرا فعند ابن الامام فيه ترددا وحكاه
الغزالي خلافا مرتبا واولى بعدم الانفساخ لانه كيفما انقلب انقلب
الى كافر ولو توكل الكافر عن المسلم في شرائه قال القاضي ابو الطيب لا يصح
كما لا يجوز ان يتوكل عن المسلم في التزويج ولا يجوز للمحرم ان يتوكل في شرا الصيد
وعقد النكاح وقال ابن الصباغ هذا عندي ليس بشي لان الفاسق لا
يجوز ان يكون وكيلا في القبول وقال المحلي وهذا لا يلزم القاضي لانه لم
يقصد الجمع بين البيع والنكاح حتى يفرق بينهما وانما قصد ان من لا
يكون اهلا للعقد لنفسه لا يصح ان يكون وكيلا فيه لغيره نعم لو كان
لا يلزم ان الفاسق يجوز ان يكون وكيلا في ولاية النكاح ولا يصح ولايته
للزم ان يسلمه القاضي والذي حكاه الغزالي ان الوكيل ان سمى الموكل في
الشراء صح وان اطلق فوجهان مبنيان على تعلق العهدة بالوكيل وبناهما
الرافعي والبغوي في كتاب الجزية على ان الملك يقع للوكيل ثم ينتقل
عنه الى الموكل او يقع للموكل ابتداء ان قلنا بالاول لم يصح وان قلنا بالثاني
صح **قلت** ولو خرج خلاف في صحة البيع مع القول بان الملك يحصل للو
كيل اولا لما اذا اشترى من يعتق عليه لبعد حيث ان الملك يحصل فيهما
غير مستقر ويجوز ان يفرق بينهما بان تشوف الشارع الى العتق والطلاق
الغزالي وغيره القول بالصحة عند التصريح بالسفارة مصور بما اذا قال
اشتريت لزيد فقال بعتك او قال بعتك فقال اشتريت لزيد وصححنا
مثل هذا العقد اما اذا قلنا بعدم الانعقاد فيما اذا قال بعتك
فقال اشتريت لزيد على ما حكاه المتولي والبغوي عند الكلام الذي
ينعقد به النكاح وجها فلا يصح ايضا وقد اشار الى ذلك الامام بقوله

على

حاشية مختلف العوض من

إذا صححنا البيع بصيغة السفارة ولو نوى المسلم عن الكافر في شراء العبد المسلم المصحف التوكيل وإذا تعاطى العقد بعد على الوكيل ولا تتعداه إلى الموكل كذا صرح به الإمام وهو محمول على إذا لم يصرح بالسفارة والمرتد هل يجري مما ذكرناه من الأحكام مجرى المسلم فيه وجهان بناهما القاضي الحسين والإمام على القولين في أنه هل يقبل بالوثني التفريع على القول الثاني هل يمكن من قبضه فيه خلاف وجهان جاريان فيما لو أسلم العبد بعد الشراء وقبل القبض وإذا امتنع الكافر من إزالة الملك عنه بيع عليه بثمن مثله فلو لم نجد من يشتريه بثمن مثله صبرنا إلى الوجود ولا حلنا بينه وبين السيد لا نخطله بل نستكسبه ونفقته واجبة على سيده الكافر والحكم في الكتابة هل تكفي بدل الإعتق وزوال الملك بالبيع والهبة والإعتاق فيه خلاف يذكر إن شاء الله تعالى في كتاب العتق مع ما يتعلق به **فرع** هل يمنع الكافر من شراء المصحف وكتب الحديث الذي نص عليه الشافعي واحتجاه الأصحاب عنه المنع وقال الإمام هاهنا إن منعنا الكافر من شراء العبد المسلم فلذلك هاهنا والأوضح أن العبد يرفع الذل عن نفسه والكتب التي فيها آثار السلف ملحقة بالمصحف عند العراقيين وامتنع الماوردي في الحاوي في كتاب البيع من إلحاق كتب الحديث والفقه بالمصحف وقال إن بيعهما منه صحيح لا محالة وجزم في كتاب عقد الذمة بطريقة المنع في المصحف لا يحل الحرام مسه وقال في كتب الحديث إن كان المذكور فيها سيرته وصفته جاز ابتياعهم لها وإن كان فيها كلامه من أمره ونهيه ففي المنع وجهان والظاهر نص الشافعي الحاق كتب الحديث بالمصحف إذا صحح البيع فيما ذكرناه فهل نأمره بإزالة الملك عنها فيه وجهان ورهن هذه الأشياء مرتب على جواز بيعها كما تقدم في العبد

آخر بيع المصحف من المسلم ليس على وجه والله ولا يكره الحديث وعن الصيمري أن بيع المصحف مكروه وقال وقد قيل إن الثمن يتوجه إلى الدفتين لا إلى كلام الله تعالى وقد قيل إنه بدل عن أجرة النسخ **قال** وإن باع العصير ممن يتخذ الخمر أو السلاح ممن يعصي الله تعالى به أي مثل قاطع الطريق والمتغلب واللص ولم يتحقق أنهما يفعلان ذلك بالمبيع ما هو محرم كما صرح به سائر الأئمة **قال** أو باع ماله من أكثر ماله حرام أي ولم يتحقق أن الذي وقع عليه العقد من الثمن حلال أو حرام **قال** كره لأنه لا يؤمن من الإعانة على المعصية أو أخذ الحرام وقد قال عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور متشابهات وسأضرب لكم في ذلك المثل إن الله تعالى حمى وإن حمى الله محارمه وإن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى وإنما لا تحرم لأنه قد لا يفعل الحرام أو يكون ما أعطاه من الحلال **قال** ولم يبطل البيع لما ذكرناه من العلة أما إذا تحقق أنه يتخذ من العصير الخمر أو يعصي الله تعالى بالسلاح فإنه يحرم لقوله تعالى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ولكن يصح البيع أيضاً لأن ذلك لمعنى في غير المعقود عليه فلم يمنع الصحة كالبيع في وقت النداء وفي الرافعي حكاية وجه أنه لا يصح بيعه منهم وهو الظاهر في النهاية وبه جزم الرافعي وعلى القول بالصحة فيصح عليهم كما في شراء الكافر المصحف أو المسلم صرح به الماوردي وبيع الجارية ممن يتخذها للغناء والغلام ممن اشتهر بالفاحشة كبيع العصير ممن يتخذ الخمر صرح به ابن عصرون في المرشد وكذا بيع الخشب ممن يستعمله في الملاهي حكاه المحاملي في اللباب وأما إذا باع ماله ممن أكثر ماله حرام وتحقق أن ما وقع عليه العقد من ماله حرام لم ينعقد البيع ولو تحقق أنه حلال لم يكره **ما رقيل** إذا لم يتحقق

[illegible]

[illegible]

انه حلال ولا حرام وعلى على الظن ان ما وقع به العقد حرام فلا
خرجه ذلك على غلبة الظن من النجاسة والطهارة قال الامام قلنا لا
لانا صادفنا اصلا مرجوعا اليه في الاحلال وهو اليد فاعتمدناه
ولم نجد في الطهارة والنجاسة اصلا يعارض غلبة الظن الا الطهارة

فرع بيع الحديد من اهل الحرب صحيح وبيع السلاح من اهل الذمة جائز
وكذا رهنه منهم صرح به الامام في كتاب الرهن واستدل له بانه صلى الله عليه وسلم
مات ودرعه مرهونة عند ابي شحمة اليهودي وحكى في التتمة وجها في
عدم صحة بيعه منهم ورهن السلاح من اهل الحرب اذا منع بيعه منهم فيه وجهان
محكيان في النهاية في الرهن وبيع الشطرنج مكروه وكان لعبه مكروه حكاه
القاضي الحسين قبل باب السلف **قال** وان شرط في البيع شرطا يقتضيه
العقد كالتسليم وسقي الثمر وتبقيتها الى اوان الجداد وما اشبه ذلك
اي مثل خيار المجلس والرد بالعيب وضمان الدرك على البائع وغير ذلك لم
يفسد العقد لانه تاكيد لمقتضاه **تنبيه** الجداد بكسر الجيم وفتحها
وبالدال المهملة وبالمعجمة ايضا ومثله الحصاد والقطاف والقرام
حكاه بالوجهين قال الجوهري وكان الفعال والفعال مطردا في كل ما كان فيه
معنى وقت الفعل **قال** وان شرط ما فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث اي
فما يجوز شرطه فيه والاجل اي المعلوم فيما في الذمة والرهن والضمين
اي اذا عين الرهن والضمين وكذا من يوضع الرهن عنده على احد
الوجهين **قال** لم يفسد العقد اي ويجب الوفاء بالشرط اما اعتبار ذلك
في خيار الثلاث فلحديث حبان بن منقذ واما في الاجل فلقوله تعالى اذا تداينتم
بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وروي انه صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والسلم نوع من البيع وروي انه
صلى الله عليه وسلم امر عبد الله بن عمرو ان يجهز جيشا وامره ان يبتاع ظهرا الى
... ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما نسيئة فاعطاه درعا

ظهرا

ظهرا الى خروج المصدق واما في الرهن فلقوله تعالى فرهن مقبوضة
واما في الضمين فبالقياس على الرهن لما اشتركا فيه من الحاجة الى
التوثيق ويلتحق بهما اشتراط الاشهاد لقوله تعالى واستشهدوا اذا
تبايعتم اما اشتراط الاجل المجهول فمبطل للعقد جانب عدمه وكذا اشتراطه
في المبيع والثمن المعين مثل ان يقول اشتريت منك بهذه الدنانير على ان اسلمها
لك في وقت كذا لان الاجل رفق شرع لتحصيل الحق في المدة والمعين حاصل
ولو اجل شيئا بالف سنة قال الروياني بطل العقد للعلم بانه لا يعيش هذه
المدة ويسقط الاجل بالموت فالوارث لا يرث الاجل بالف سنة فعلم هذا اشترط
في صحة الاجل مع كونه معلوما فيما في الذمة احتمال بقائه الى المدة المضروبة
ويعتبر في تعيين الرهن والضامن وصف الرهن بصفات السلم فيه ومعرفة
الضامن بالنسب ولا يكفي فيه ان يقول رجل موسر ثقة قال الرافعي ولو
قال قائل الاكتفاء بالصفة اولى من الاكتفاء بالمشاهدة من لا يعرف حاله لم
يكن مبعدا ومن كتاب القاضي ابن كج انه لا حاجة الى تعيين الضامن
واذا اطلق اقام من شاء ضمينا ولا يشترط في الاشهاد التعيين على
اصح الوجهين وهو الذي ادعى الامام القطع به ورد الخلاف الى انه
لو عين الشهود هل يتعينون والصحيح في الاستقصاء كما حكاه
في كتاب الرهن عدم تعيينهم فان قلنا بتعيينهم فامتنع امين
الشهادة ثبت للمشترط الخيار وان قلنا لا يتعينون قال الامام
في كتاب الرهن ينبغي ان يستمهل تعيينهم في الصفات المقصودة في
الشهادة حتى لا يكتفي باشهاد ذوي يظهر احتياطهم عنهم والعلم
عند الله تعالى ولا يبطل العقد بهذا الشرط والعلم ان ذلك والسلم
يقتضي الاستغنا بها في جواز اشتراط ما فيه مصلحة للعاقد على
هذا النحو وليس كذلك الا بشرط الاشهاد وقد ذكرناه

امرائه

للمشارط

الاشتراط

ويوهن قول الامام في كتاب الرهن ومن الاصول المعتمدة في الباب
ان العقد اذا كان له مقتضى عند الاطلاق فلا يجوز تغييره في بعض
الحالات فيما لا غرض فيه ولا مصلحة تتعلق به فاما الشرط الذي يتعلق
بمصلحة العقد فلا يجوز الاسترسال في تجويزه بل يتبع فيه توقيف الشارع
في الخيار وما في معناه فان هذه الاشياء في المعاملات كالرخص في العبادات

قال وان شرط العتق في العبد لم يفسد العقد اي ويلزم الشرط ووجهه
ما روي عن عائشة انها قالت جاءت بريرة فقالت اني كاتبت على تسع اواق
في كل سنة اوقية فاعينيني فقالت عائشة ان احب اهلك ان اعدها لهم عدة واحدة
واعتقك فعلت ويكون ولاؤك لي فذهبت بريرة الى اهلها فابوا ذلك عليها
فقالت قد عرضت عليهم فابوا الا ان يكون لهم الولاء فسمع بذلك النبي صلى الله عليه وسلم
فسألني فاخبرته فقال خذيها واعتقيها واشترطي لهم الولاء فان الولاء لمن
اعتق قالت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فخطب ثم قال اما بعد فما
بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى فايما شرط كان
ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط فقضاء الله احق وشرط الله اوثق
ما بال رجال منكم يقول احدهم اعتق يا فلان والولاء لي انما الولاء لمن اعتق هكذا
اخرجه البخاري وروى مسلم معناه ووجه الدلالة منه ان بيع بريرة كان بشرط العتق
ويدل على ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع مع اشتراطه وابطل ان
يكون الولاء لغير المعتق ولانه لو قال له اعتق عبدك عني بالف صح البيع ونفذ
العتق وان لم يستقر للمشتري على العبد ملك تام فما استقر بالعقد ملكه والمشتري
شرط عليه عتقه اولى ان يصح وقيل ان الشرط باطل ويبطل به العقد لعموم
نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه شرط ينافي مقتضى العقد فابطله كما
لو باع بشرط ان لا يسلم وقيل يبطل الشرط دون العقد رواه ابو ثور عن الشافعي
قال الماوردي وليس بمعروف له والخطابي حكاه الا من جهته واصح الاقوال الاول

الاول ومحلها اذا اطلق الشرط او قال بشرط ان تعتقه عن نفسك
اما اذا قال بشرط ان تعتقه عني فهو لاغ **قال** فان امتنع من العتق اي على
قولنا يصح الشرط اجبر عليه وقيل لا يجبر بل يثبت للبائع الخيار بين الفسخ
والامضاء هذا الخلاف مبني على ان العتق حق لله تعالى كالملتزم بالنذر
او حق للبائع لان اشتراطه يدل على تعلق غرضه به وترك لاجله جزءا
من الثمن وفيه وجهان اظهرهما الاول فان قلنا انه اجبر عليه وهو قول ابي سعيد
الاصطخري وهو الاصح وفي كيفية اجباره احتمالان للامام احدهما انه يكون
الحكم فيه كالمولي وهو المذكور في التتمة ونقله القاضي الحسين والثاني لا يطرق
سوى الحبس حتى يعتق وان قلنا انه حق للبائع فلا اجبار كما في شرط الرهن
والكفيل وهذا ما اختاره ابن عصرون وفي النهاية انا اذا قلنا ان الحق
للبائع وامتنع لم نجبر عليه وفيه جزم صاحب المرشد فهو قولين واذا قلنا بالقول
الذي حكاه ابو ثور والخبر على عتقه ولكن هل يثبت للبائع الخيار عند امتناعه
من العتق فيه وجهان احدهما وهو قول البغداديين لا خيار له لفساد
الشرط والثاني وهو قول البصريين له الخيار لان فساد الشرط يمنع من لزومه
والمنع من استحقاق الخيار به كما لو شرط في البيع رهنا لم يسلم واوجب
خيار البائع **فروع** هل للبائع المطالبة بالعتق على قولنا انه حق له
نعم وان قلنا انه حق لله تعالى فكذلك على اصح الوجهين وهل يسقط
باسقاط البائع ان قلنا انه حق لله تعالى فلا وان قلنا انه حق له سقط على
ظاهر المذهب عند الامام وهو ما حكاه القاضي الحسين في التعليق كما في
شرط الرهن والكفيل ثم عن عنه قال الامام وفي كلام شيخي رمز الى
خلاف فيه اعني في الرهن والكفيل في الاجل ولو باع بشرط العتق
ابتداء لم يصح في اصح الوجهين لان العتق مستحق عليه فليس له نقله الى غيره
وهل يجزئ ايلاد الجارية عن الاعتاق فيه وجهان اصحهما لا لان عليه

ان يعتقها وفي جملته السابق يحابه وجه انه لا يجزي عتقها عن الشرط لانها صارت مستحقة العتق بالحبال وعلى هذا يكون مشابه العطايبه بالموت فيجري فيما الاوجه كما سلكه ولو جني هذا العبد قبل اعتاق العتق فهل يسلم ليباع في الجنايه قال الماوردي ان قلنا باجباره على عتقه وجب فداه كام الولد ولو قتل العبد قبل العتق كانت قيمته للمشتري ولا يكلف صرفها الى عبد اخر ليعتقه ولو مات قبل اعتاق عتقه فخمسة اوجه اظهرها ليس للبائع الا الثمن والثاني ينفسخ العقد ويرجع الى القيمه والثالث له الثمن وما بين قيمته مع الشرط وقيمته بغير الشرط ما اذا كان الثمن عشره وقيمته مع الشرط اثنا عشر وبدون الشرط خمسة عشر لزمه ثلاثة عشر ولم يزد الماوردي على هذه الاوجه وقال انها تجري على قول الاجبار وحكى الامام الرابع له الثمن وما يقابل الشرط من نسبة الثمن فيحصل له في مثالنا اثنا عشر وحكى الامام هذا الوجه وضرب له مثالا يقتضي مخالفة ما ذكرناه في الحكم فانه قال لو كان مع الشرط يساوي مايه وبدونه يساوي مايه وخمسين فالتفاوت بالثلث فيعود بعد ضبط ذلك فنقول الثمن تسعون وقد بان ان نسبة التفاوت ثلث الجملة فانه اخذ ثلثي العبد واذا كان ثمن ثلثي العبد تسعين فثمن الجملة مايه وخمسة وثلاثون فيغرم خمسة واربعين ومقتضى هذا في مثالنا ان يكون ما قبضه ثمن اربعة اخماس الثمن واذا كان ثمن اربعة اخماسه عشرة يكون ثمن جميعه اثني عشر ونصفا فيغرم درهمين ونصفا والخامس وهو الذي صححه ابن عصرون انه يثبت له الخيار بين الفسخ والرجوع الى القيمه وبين الامضاء والاقتصار على الثمن وهذان الوجهان لم يحك القاضي ابو الطيب في تعليقته سواهما ومحوى كلامه انهما جاريان على قول الاجبار وعدمه فانه قال هذا اذا قلنا يعتق العبد ومن امتنع المشتري من العتق انه يرجع بما للعتق مما يقابل الشرط فالجواب ان هذا يمكن اجباره على العتق واجبرناه عليه في احد الوجهين

والمراد

ويمكن رده فخيرناه في الوجه الاخر وها هنا قد تعذر الاجبار لان الميت لا يصح اعتاقه وتعذر التخيير لانه لا يمكن رده فجعلنا له الرجوع بالنقص كما يرجع بالارش اذا تعذر الرد بالعيب وقال الرافعي هذه الوجوه مبنية على ان العتق حق للبائع او هو مطلوب لله تعالى سواء قلنا انه للبائع او لله تعالى فيه رايان للامام اظهرهما الثاني وقيل ان قلنا ان الحق لله تعالى لم يلزمه شي وهو الوجه الاول وان قلنا انه حق للبائع جرى ما عدا الاول من الاوجه ذكر ذلك ابن التلمساني

فروع لو اشترى عبدا بشرط ان يدبره او يعتقه بعد شهر مثلا او يكاتبه او دارا بشرط ان يقفها ففي هذه الشروط وجهان اصحهما انها ليست كشرط العتق بل يبطل البيع بها وعليه يدل قول الشيخ من بعد واختيار ابن عصرون صحة البيع بشرط العتق بعد شهر وفرق القاضي الحسين بين البيع بشرط العتق وبين البيع بشرط الكتابة او الاستيلاد بان المشتري لا يقدر عليهما بنفسه ويقدر على العتق منفردا به وليس لهما من القوة ما للعتق وبان عقد البيع لا يقتضيهما بحال بخلاف العتق فان عقد البيع قد يقتضيه كما اذا اشترى من يعتق عليه ولو باع عبدا بشرط العتق على ان يكون الولا للبائع عنه فوجهان احدهما انه يبطل العقد وهو الذي عليه الجمهور والثاني انه يصح وهو ما روي عن حكاية الاصطخري او تخريجه لحديث بريرة فانه صلى الله عليه وسلم لا يأذن في باطل وعلى هذا فهل يصح الشرط فيه عن الاصحاب الا ان الاحاديث يوجد غيره انه لا يثبت كما حكاه الرافعي وقال الامام انه فاسد وحكى وجها انه يثبت الولا للبائع من غير تقدير الملك كما اذا باع عبده نفسه فانه اذا اشترى نفسه عتق وقيل العتق انه ملك نفسه فاستحال ان يكون مملوكا لنفسه وما لكا له اذا حصل العتق والولا للسيد وهذا ما

الجنايه

وفرق بين

البيع

الغزالي في الوجيز ولو جرى البيع بشرط الولاء دون شرط العتق
فان قال العتق بشرط ان يكون الولاء لي ان اعتقته يوما من الدهر فعلى
ذكر في التتمة ان العقد هاهنا باطل بلا خلاف ولو قال في دنانير الخلع
المشهور من المذهب فساد العقد وهذا استحسان [illegible] ولو باع العبد
بشرط ان يبيعه بشرط العتق فلا يصح على ما ذكره الرافعي في كتاب الظهار
البطلان وعن ابي الحسن تخريجه على وجهين ولو اشترى اباه او ابنه
بشرط العتق فعن القاضي الحسين ان العقد باطل لان الشرط فائت بالشرط
فانه يعتق عليه ان يعتقه ويظهر على راي الاودني انه يصح **فايده**
استشكل بعضهم اذنه صلى الله عليه وسلم في اشتراط الولاء مع منعه منه بعد
ذلك واجيب بان قوله عليه الصلاة والسلام اشترطي لهم الولاء زجر عليهم كما في قوله
تعالى وان اسأتم فلها وقيل معنى اشترطي او لا تشترطي فهو لاغ اذ بغير شرطه
ولا تركه وقيل اذن فيه ثم منعه ليكون اقطع لعادتهم كما روي انهم كانوا
لا يرون الاحرام بالعمرة في اشهر الحج فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالاحرام
بالعمرة في اشهر الحج للمبالغة في زجرهم عما تعودوه ثم منعه وعلى
هذا التاويل يكون هذا الشرط خاصا في بيع بريرة لا غير واختاره الغزالي
وقيل ان قوله واشترطي لهم الولاء غير محفوظ في الحديث لانه روي من طرق بدون هذه الزيادة
من طريق هشام بن عروة ولم يتابع عليها [illegible]
الرافعي ان بعض الناس قال انما وقع البيع على نجوم كتابتها والصحيح
انها ابتاعت رقبتها وعلى هذا [illegible] الا ان بريرة كانت مكاتبة
والجديد ان بيع المكاتبة لا يصح واحسن عذر لذلك ان بريرة عجزت نفسها
اهلها فسخوا العقد باتفاقهم على بيعها والفسخ يحصل بالبيع او
يحمل ذلك على قضية عين **قال** وان شرط ما سوى ذلك مما ينافي موجب البيع
اي مقتضاه وهو يفيد الحكم **قال** وليس فيه مصلحة كبيع الدابة بشرط ان

٧٥

وبيع الدار بشرط ان يسكنها شهرا اي البايع لم يصح العقد لقوله
صلى الله عليه وسلم كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وهذه الشروط
ليست في كتاب الله فتكون باطلة واذا بطلت صار الثمن مجهولا لان
الشرط يقتضي زيادة في الثمن مرة ونقصانه مرة اخرى فاذا بطل
بطل ما يقابله وذلك يؤدي الى الجهالة في الثمن ولما روى عبد الحق مسندا
من طريق ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وظاهره فساد المنهي
عنه ولان ذلك يتضمن اشتراط عدم التسليم فيبطل كما لو صرح به وحكى
صاحب المهذب وابو علي وابو ثور نصا غريبا عن الشافعي ان البيع
لا يفسد بالشروط الفاسدة بل تلغو الشروط ويصح العقد كما في النكاح
وحكى المتولي وغيره انه اذا استثنى منفعة الدار مدة معلومة لنفسه صح البيع على راي
كما يصح بيع الدار المستاجرة على راي ولانه صلى الله عليه وسلم ابتاع بعيرا من جابر
باربعة دنانير وقال لا تطلبه حتى ياتي المدينة والمذهب فساد البيع بالشرط
الفاسد بخلاف النكاح لان الشرط فيه يسقط المسمى ويوجب مهر المثل ولا
قابل لمثله في البيع فانقطع الالحاق والفرق بين ما نحن فيه وبين بيع
الدار المستاجرة ان المنافع مملوكة له ولم يتضمن العقد خروجها عنه الى
المشتري فلا يصح شرطها له لانه مخالف لمقتضى العقد بخلاف المستاجر
ولان في هذا الشرط منعا من التسليم الى المشتري والحجر [illegible] ويفارق المستاجر
فان المنافع مستحقة بعقد سابق وصار ذلك كمثل الدار المبيعة اذا
كانت مشحونة بالامتعة فانه يحتاج الى مدة في تفريغها ولو استثنى
مثل تلك المدة بطل العقد وهذا احسن ان يفرق به بين ما نحن فيه
وبين ما لو باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر فاستثناه لنفسه اذ ليس
فيه تاخير التسليم واجيب عن حديث جابر بجوابين احدهما انه شرط بعد
العقد قاله القاضي ابو الطيب ويدل عليه انه جاء في بعض الفاظه

فلما نقده الثمن شرطت حملاني الى المدينة فهذا والثاني انه يمكن
ذلك بيع جابر بعيرا مقصودا لرواية سالم بن ابي الجعد ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطاه الثمن ورد عليه الجمل وقال اتراني ماكستك لاخذ جملك
خذ جملك ودراهمك فهما لك فدل على انه صلى الله عليه وسلم انما اراد
منفعته لا مبايعته ومن هذا القبيل ما اذا باع شيئا بشرط ان يبيعه
بشرط النقيصة او الثمار بعد بدو الصلاح بشرط ان لا يقطعها في وقت
الجداد والحق المتولي بهذا القسم ما اذا اشترط ان يصلي النوافل او يصوم
شهرا غير رمضان او يصلي الفرائض في اول الوقت وجزم بالبطلان وفي
حلية الشاشي ان اصحابنا قالوا ان الشرط الفاسد لا يؤثر في العقد
الا اذا كان فيه عوض فاما ما لا عوض فيه فهو له بمنزلة على ان يدخل
الدار او يقف في الشمس او يصلي النافلة او يا كل كذا او لا يا كل الا ان
البطلان بما اذا اوصى بثلث ماله لزيد وللحمار فانه على وجه يعطى
نصف الثلث لجعلنا الاضافة الى ما لا عوض فيه كالاضافة الى
ما فيه عوض وفيما حكيناه اولا ما جزم به الغزالي فيما اذا باع
بشرط ان لا يطعمه الا الهريسة ولا يلبسه الا الحرير انه يصح وكذلك
فيما اذا شرط الكيل او الوزن بمكيال او ميزان معين وحكى في باب السلم في بطلان
المبيع بفساد شرط الكيل والوزن وجها اخر **فرع** اذا حذف الشرط
المفسد في زمن الخيار لا يؤثر ذلك في الصحة وروى صاحب التقريب وجها
ان حذف الاجل المجهول يصير العقد صحيحا واجراه بعضهم في خيار
الشرط والاظهر انه لا يجري واجراه بعضهم في سائر المفسدات قال
الامام والاصح لا لان بين الاجل والمجلس مناسبة لا توجد في غيره وجب
المنع في المطالبة بالثمن كذا حكاه الرافعي في السلم **قال** ولم علل فيه المبيع
اراد الشيخ بهذه الزيادة التنبيه على علة ابطال مذهب ابي حنيفة فيما

قبضه فان عنده انه تملكه ملكا ضعيفا وللبائع انتزاعه منه متى شاء
بجميع رواياته ولو تلف او زال ملكه عنه ضمنه بالقيمة مع موافقته
على انه لا يملكه قبل القبض وعندنا لا فرق في عدم الملك بين ما
قبل القبض وما بعده ووجهه ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال من عمل
عملا ليس عليه امرنا فهو رد ولانه قبض في بيع فاسد فلم يحصل به
الملك كالمحرم اذا اشترى صيدا وقبضه وكما اذا كان الثمن دما او
ميتة **قال** فان قبضه المبتاع وجب رده اي على مالكه ولا يملك
التصرف خلافا لمالك اما انه يجب رده فلقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت
حتى ترد واما انه لا ينفذ تصرفه فيه فلانه تصرف فيما للبائع فيه سلطان
فلم ينفذ كما في المبيع قبل القبض وفي قول الشيخ وجب رده ما يعرفك
ان مؤنة الرد على المشتري لان من وجب عليه رد شيء كانت مؤنة الرد
عليه ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد دفع الثمن او لا وافلس البائع او لا وقد
ذكرنا من قبل ان له حبسه الى ان يقبض الثمن على النص وهو ما حكاه
ابن كج عن الاصطخري والمذهب خلافه **قال** وان هلك عنده ضمنه
بقيمته اكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف لانه ما من حالة يفرض
فيها قيمة وهو مخاطب فيها بالرد فاذا لم يرد فقد فوت الرد فلزمه بدله
كالغاصب واعلم ان ظاهر كلام الشيخ يقتضي ان لا فرق في غرم القيمة بين
ان يكون المبيع من ذوات الامثال او من ذوات القيم وهو ما حكيناه في
الباب الذي قبل هذا الباب عن الماوردي والذي حكاه غيره ان ذلك فيما اذا
كان من ذوات القيم اما اذا كان من ذوات الامثال فالواجب المثل **قال** وان
حدث عنده زيادة كالسمن وغيره مثل ان تعلم صنعة ضمنها لانها حدثت
على ملك البائع وقد يحتمل فضمنها كالعين ومراد الشيخ بهذه المسألة
ما اذا كانت العين باقية وردها بعد زوال الزيادة كما صرح به ابو الطيب

وابن الصباغ في كتاب الغصب **قال** وقيل لا يضمن الزيادة الحادثة في يده من سمن وغيره لعدم التزامه ذلك بالعقد فاشبه المستعير وهذا القول حكاه المراوزة ولم اره في شي من كتب العراقيين الا في الحاوي في كتاب الغصب فانه ذكره في موضعين منه والمذكور في غير الحاوي بذلك انه لا يضمن القيمة الا حين التلف ولا يضمن الزيادة كما حكاه الامام عن العراقيين وهو الموجود في النسخ العتق وحكاه ابن الحل وشيخه القاضي ابو الطيب وابن الصباغ في كتاب الغصب الى ابن ابي هريرة وحكى البندنيجي عوضه في كتاب الغصب ان المشتري لا يضمن الزيادة ولو اتلف العين ترتا دينا كان عليه قيمتها اكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف بعد حذف ما زاد في قيمتها لاجل السمن ولم اره في غير تعليقه ويتحصل في المسئلة اربعة اقوال وكلها تجري كما حكاه الامام في كل ضامن غير متعد ولا متصرف في غصب فاذا ضمن المنافع فيه ما تلف تحت يده فالقول في القيمة المختلفة كما ذكرناه ولا تضمنه الا ما فصل شراه حتى اقبض العين لمشتري نصفها لا يضمن الا بدل النصف كما صرح به المتولي قبل الفصل الخامس في حقيقة القبض **قال** والمذهب الاول لانها عين يضمن اجزاها المستحقة بالاستعمال على الصحيح فاشبهت العين المغصوبة وبهذا فارق المستعير فانه لا يضمن الاجزاء المستحقة بالاستعمال على الصحيح وما قيل من انه دخل على انه لا يضمن الزيادة يبطل باستحقاق الاجزاء مع انه دخل على انه لا يضمنها **قال** وان كان لمثله اجرة لزمه اجرة المثل لان العين مضمونة عليه لتسويته عليها لا لحق فكذلك منفعتها قال الافقه وغيره ولا فرق في ذلك بين ان ينتفع او تتوفر المنفعة تحت يده وقال القاضي الحسين في كتاب الغصب وكلام الامام هذا اذا قلنا انه يضمن ضمان الغصب

اما اذا

اما اذا قلنا بغيره فلا يضمنها الا اذا استوفاها وعلى هذا الخلاف يخرج ضمان الولد المنفصل وطرد الخلاف في ضمان المنافع اجرة المثل التي فاتت المنافع فيها تحت يده والولد الحادث في يده وما قاله موافق لما قاله الغزالي في منافع الصداق اذا فاتت تحت يد الزوج وقلنا انه مضمون ضمان يد انه لا يضمن بل لا بد الا ان يستوفيها **فرع** لو انفق على المبيع مدة لم يرجع على البائع ان كان عالما بفساد البيع وان كان جاهلا فوجهان **فائدة** اذا ادى المثل اجرة واوجبناها مع اجرة الارش من القيمة فهل يندرج ما يقابل الاجزاء المستحقة بالاستعمال في الاجرة ام لا فيه خلاف يأتي مشروحا في نظير المسئلة في باب الغصب ان شاء الله **قال** وان كانت يعني العين المبيعة جارية فوطيها لزمه المهر لاستمتاعه بملك الغير مع قيام الشبهة وهذا اذا كانت الامة جاهلة بفساد البيع اما لو كانت عالمة فذلك ينبني على انه لو كان عالما بفساد البيع هل يجب عليه الحد والمشهور انه لا يجب فيما اذا كان الفساد بالشرط كما هو مسئلة الكتاب لان ابا حنيفة يرى ان الملك ينتقل اليه كما مر منا حكايته فيكون ذلك شبهة في درء الحد كما في النكاح بلا ولي ونكاح المتعة وحكى فيه وجه الصيرفي وقال الامام ويجوز ان يقال يجب الحد لان ابا حنيفة لا يبيح الوطي وان كان يثبت الملك بخلاف الوطي في النكاح بلا ولي فان المخالف يبيح الوطي فان قلنا بالمشهور وجب المهر ايضا وان قلنا بما ابداه الامام فعلى هذا يكون شبيها به الجارية المغصوبة اذا وطيت من غير ابتداء وسياتي الكلام عليه ولو كان بسبب فساد البيع لكونه عقد على منه او دم ثمن علم من المشتري او الجارية بفساد البيع وجب عليه الحد لان ابا حنيفة لم يخالف في ذلك والمهر الواجب مهر ثيب ان كانت ثيبا ومهر بكر ان كانت بكرا فان قيل هل تجب المهر وعلاوة الارش في الوطي بالبيع قبل الوطي

لا يباح بالاذن بل بالملك ولا ملك وان الوطي ليس معقودا عليه
بدليل انه علل بالاجتياح من لا يحل له وطيها قال وارش البكارة
ان كانت بكرا لانه اتلف ذلك الجزء ووجوب مهر البكر لانه استمتع ببكر
فالارش في مقابلة الجزء الفائت والمهر في مقابلة استيفاء منفعة فلما
اختلف سببهما امتنع تداخلهما وفي الرافعي في باب الرد بالعيب وابن يونس
في باب الربا حكاية وجه انه يجب مهر بكر بلا زيادة ارش البكارة.
وصححه الرافعي وان كان قد جزم هاهنا بما ذكرناه اولا وكذا حكاه ابن عصرون
وقيل يجب عليه مهر ثيب وارش البكارة قال فان اولدها فالولد حر للشبهة
ولا ولاء عليه فانه لم يمسه رق ولم ينله عتق قال ويلزمه قيمته لانه
اتلف رقه بظنه قال يوم الولادة لانه وقت الحيلولة ولا يمكن
تقويمه قبل ذلك قال الرافعي ويستقر عليه القيمة بخلاف ما لو اشترى جارية
واستولدها فخرجت مستحقة يغرم قيمة الولد ويرجع على البائع لانه غره ثم
في النهاية ان كان البائع عالما بفساد العقد فهو في صورة الغار والغار
يغرم للمغرور قيمة الولد اذا غرمه ولا معنى لاثبات قيمة الولد له فانه
لو غرمه لرجع به على من غرم والمغرور وليس في هذا العقد من هو الغار بعينه
وان كان البائع لا يدري فساد البيع ففي المسئلة احتمال ظاهر من حيث انه لم
يتعمد تغريرا حتى يحتمل ذلك سببا لانقلاب الضمان عليه وعدم من المغرور
الى هذا التردد في تعليق القاضي الحسين ايضا ثم ما ذكره الامام اولا وطرده
في المهر ايضا اذا قلنا ان المغرور يرجع به على الغار ثم قال ويمكن ان يفرق
بين ما نحن فيه وبين المغرور بان هناك الغاصب غره بسلامة الاولاد
فلاجل غروره قلنا له ان يرجع عليه وهاهنا البائع ما غره بل هو غر
نفسه اذ كان يمكنه الوقوف والاطلاع عليه بخلاف ذلك قال وان وضعته
ميتا اي من غير جناية جان لم يلزمه قيمته لانتفاء الحيلولة بعد
قال في الذخائر انه يجب عليه مهر مثلها بكرا وان تصور انفراد كل واحد منهما بالضمان
من يقول عليه مهر مثلها مع ارش البكارة واراد به انه يلزمه مهر مثلها مع ارش الافتضاض
والمنفصل سواء وان افراد الارش عن المهر اكثر من مهر مثل حرة فيجب على الغاصب

الانفصال وانتفاء ضمان المقوم قبله وهذا الا انا نشك في حياته فلا
نوجب قيمته بالشك مع كونه ليس بمتقوم في ذاته بخلاف الجاني على البطن
الذي يصير جنايته سببا لفوات الروح او منعها من الاتصال فان
ظاهر الحال يقتضي ان ذلك حصل بضربه وجنايته وهذا مما ادعى الامام
فيه نفي الخلاف واجراه في الضمان الذي يتعلق بحال الغرور وقال فيما لو غصب
جارية فعلقت بمولود من سفاح وانفصل الولد ميتا فالمذهب انه لا يضمن
ايضا وفيه شيء بعيد وهذا لا اصل له في المحرم وفي زوائد العمراني في كتاب
الغصب في الصورة الاولى ان الشافعي قال عليه ضمان قيمته يوم وضعته ميتا
وقال ابو اسحق لا تجب قيمته والفرق على الاول بينه وبين ما لو كان جاهلا
بالتحريم فانه لا يضمن وجها واحدا ما حكاه عن المحاملي ان الولد في صورة الجهل
ينعقد حرا والحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بها وانما يضمن بالحيلولة ولم يحصل
وفي صورة العلم ينعقد رقيقا ومن ثبتت يد الغاصب عليه حال كونه حملا فاذا
تلف لزمه ضمانه وهذا الفرق بعينه يجي هاهنا اما اذا القته ميتا بجناية
جان وجب الغرم على عاقلة الجاني على المشتري اقل الامرين من قيمة الولد يوم
الولادة لو كان حيا والغرم ويطالبه بها اي المالك من شاء من الجاني والمشتري وفي
مجموع المحاملي ان المشتري لا شيء عليه لان الشافعي لم يخرج حيا فلم يحصل
الحيلولة فيكون للسيد اقل الامرين مما ذكرناه وهذا ما اقتصر عليه الاكثر
على ذكره هاهنا وقالوا في نكاح المغرور ان الامة المغرور بنكاحها اذا
القت ولدا ميتا فلا قيمة على المغرور ولو القته بجناية جان وجب
على الجاني غرة وفيما يجب على المغرور وجهان اختار القاضي منهما
انه يغرم عشر قيمة الام لانه يغرم للسيد ما فوته عليه ولولا ما
حصل من المشتري من تفويت رقه بالحرية لم يكن للسيد الا عشر
قيمة الام فرجع به على المغرور والثاني قال الامام وهو المشهور

بيان المغوث
المهذب
العمراني
البدر
الوجه

وعليه جمهور الاصحاب انه يغرم اقل الامرين من قيمة الغرة وعشر
قيمة الام فان كان عشر قيمة الام اقل غرمه لانه واجب الجنين الرقيق
وان كان الغرة اقل لم يلزم المغرور الا قيمة الغرة لان سبب تغريم المغرور
ما وجب له على الجاني من الغرة اذ لو انفصل ميتا من غير جناية فلا ضمان
قال الامام وهذا لتيسر على وجهه ما اذا اخترنا الوجه الاول لغو يلينا
فيه انه جرى في الجنين حالة لولا المغرور لكان يسلم للمولى عشر قيمة الام
معرضا والمغرور سببا في تفويت ذلك ثم اذا اعلنا تغريم المغرور للسيد اقل
الامرين فانه لا يغرم له ما لم تسلم له الغرة وان سلكنا المسلك الاخر
عرمنا المغرور عشر قيمة الام في الحال وان لم يحصل الغرة له فعلى هذا
لو كان للجنين وارث سوى الاب ولا يتصور معه الا الام الام فاذا الجدة
للسدس والباقي للاب فان اوجبنا على المغرور الاقل فيعتبر الاقل من
عشر قيمة الام وخمسة اسداس الغرة فان السدس الذي للجدة غير
محسوب على الاب وحكى في كتاب الغصب عن القاضي ان الواطي لو مات
وخلف ابا فضرب ضارب بطن هذه الجارية فاجهضت الجنين
ميتا فالغرة مصروفة الى الجد ويجب عليه ضمان الجنين للمالك مما
كان يجب على الاب لو كان حيا ثم قال القاضي لو كان مع الاب جدة وارثة
للسدس من الغرة سقط الى خمسة اسداس الغرة والى عشر قيمة الام
ويحط ذلك السدس المصروف الى الجدة عن ثابت قال الامام ولا شك
ان اخراج السدس عن الاعتبار يقتضي قياسه اخراج الجد عن الضمان
ويعود بالغرة ارثا واذا ارثنا ان لا ضمان فيحتمل ان يحبط الضمان او
تعلقه بتركة الغاصب والظاهر اتباع الضمان الغرة وطرده في
السدس المصروف الى الجدة ايضا هذا اخر كلامه ولا يخفى عليك منافقته
ما حكاه القاضي ثانيا لما حكاه عنه اولا وعلى كل حال فيتجه جريان مثل

ذلك

مثل ذلك في مسلتنا ولعصله ان الحامل في المجموع قال الرخي الخا
اذا وطئ الجارية المغصوبة حكم ما ذكرناه سواء الا في مسلتين احداهما
ان الغاصب اذا وطئ مع العلم بالتحريم فطلبه الحد وولده مملوك وليس
ذلك ها هنا وسيضاف الى ذلك مسئلة اخرى وهي اذا املاها بعد ذلك لم
تصر ام ولد في الغصب وها هنا قولان قال وان ماتت الامة من
الولادة اي حبل البائع بعد تسليمها لزمه قيمتها لانه المتسبب الى الهلاك
المفضي الى الطلق لان هل الحبل لذلك ما له او على ما قلته فيه قولان
يانيان في الجنايات واي قيمة يعتبر حكى الامام عن العراقيين فيما يلزم
الراهن اذا ماتت الامة المرهونة بسبب احباله الحمد اوجه احدها
اقصى القيم من يوم الاحبال الى يوم الموت كالغاصب والثاني يوم
الاحبال والثالث وهو اختيار ابن ابي هريرة انه يجب قيمته يوم
الوضع فان التلف يتحقق يومئذ وما تقدم غير موثوق به قلت ويتجه
ان يجي منها ها هنا الوجه الاول والاخير واما الوجه الاخر وهو
اعتبار قيمة يوم الاحبال فيحتمل ان يجي ايضا ويحتمل ان يكون عوضا انه
يجب اقصى القيم من يوم الاحبال الى يوم الرد والله اعلم فان قيل
لو علقت الحرة من وطئ شبهة ثم ماتت من الطلق لم يجب عليه دينا
فهلا قلتم ها هنا مثله قال الحامل قلنا الفارق بين المسئلة من وجهين
احدهما تجب الدية فجعل هذا سقطا لسوال والثاني الحر والفرق ان
ضمان الامة اوسع من ضمان الحرة الا ترى انها تضمن باليد والحرة لا تضمن
باليد والذي رجحه الامام في كتاب الرهن الاول ويجري القولان في
الحرة فيما اذا وطئت بالزنا مستكرهة على ما حكاه الامام ها هنا
وذكر ابن الصباغ والقاضي ابو الطيب واضافوا الى الفرق الاول
انه عن نحو هو بانه منه وغير ملحق به فلا ينسب التلف اليه ولا جل

جزم في النهاية في كتاب الرهن بعدم وجوب الضمان وعزاه الى الاصحاب
وطرده في الامه وان قلت مضبوطه **فروع** تختم بها الباب لو لم
يلد من الولادة ولكن نقصت قيمتها قال الاصحاب يجب عليه الارش
وفي النهاية في كتاب الصداق انه لو اصدق زوجته جاريه حاملا او ولدت
في يد الزوجة واستقصت قيمتها بالولادة انه يجب بنا هذا على ان المبيع
اذا جرح في يد البائع وسرت الجراحة في يد المشتري وقد ظهر اختلاف
الاصحاب في ذلك فمنهم من جعل السراية من ضمان البائع اذ سببها الجراحة
فعلى هذا نقصان الولادة من ضمان الزوج وان حدث في يدها ومن اصحابنا
من قال نقصان السراية من ضمان المشتري لانه حدث في يده فعلى هذا نقصان
الولادة من ضمانها **قلت** وقد يتجه ان يجري مثل ذلك هاهنا وفيما اذا
ماتت من الطلق وما يتخيل من فرق فهو مبدل فيه ما حكاه الغزالي عن
الطبري فيما اذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة فحملت منه ثم ردها وماتت
من الولادة ان في ضمانها وجهين وغايته الامر هاهنا ان يلحق بالغاصب
ولو حصلت زوائد من المبيع منفصلة في يده فضمانها مبني على الاقوال
في كيفية الضمان فان قلنا بالمذهب ضمنها والا فلا ولو قال اعتقل بلا
ثمن لا ينعقد بيعا وهل ينعقد هبة فيه قولان يرجع حاصلهما الى ان الاعتبار
باللفظ او بالمعنى فان راعينا الاول ابطلناه والاصح هبة وليلة النظائر
اتي في مواضعها ان شا الله تعالى فان قلنا لا ينعقد هبة ففي ضمان العين
وجهان ولو قال بعتك ولم يذكر ثمنا لم ينعقد بيعا ولا هبة وفي ضمان العين
وجهان قيل يطرد الوجهين صرح به الامام ولو قال لرجل بعتك دارا وباعه بعضها
الاخر هل يصح فيه وجهان احدهما انه لا يصح اذ لا يدل فيه وهذا ما
صححه الامام في كتاب الصلح ولم يحك سواه والثاني هو الصحيح في الرافعي
انه يصح لاجتماع الشرائط المرعية في العقد وله فوايد منها لو ملكا او
بعتك هذا ولم يذكر ثمنا فهو على وجهان اصحهما لا يكون بيعا فاذا قبضه كان امانة

احدهما ذلك بالهبة من ابيه انقطع عنه ولاية الرجوع ومنها
لو ملكه بالشراء ثم اطلع بعد هذا التصرف على عيب لم يطالب الولد
بائعه ومنها لو ملكته صداقا وطلقها الزوج قبل الدخول لم يمكن
من الرجوع فيه ولو باع الملك من الدار بعضها حتى الاهاب عن صاحب
الشوب في الموضع الذي ذكرناه الصحه تعال وهذا عندي كلام ملتبس
لا اصل له والوجه القطع بالفساد والله اعلم **باب الربا**
الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالالف وقد كتب في المصحف
بالواو فانت مخير اذا كتبته بالالف والواو والياء قال اهل اللغة
والرما بالميم والمد الربا والربيه بالضم والتخفيف لغة في الربا واصل
الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى فاذا انزلنا عليها الماء اهتزت وربت
اي زادت ونمت وقال تعالى يمحق الله الربا ويربي الصدقات اي يضاعف ما
يزيد منها ومنه قولهم ربا الشيء اذا زاد وقولهم اربى فلان على فلان اذا زاد
عليه وقولهم للمرتفع من الارض ربوه لزيادته على ما جاوره وهو في
الشرع الزيادة في الذهب والفضة وسائر المطعومات وينقسم الى ثلاثة
انواع ربا الفضل وهو زيادة احد العوضين على الاخر في القدر اذا كانا من
جنس واحد وربا النسا وهو ان يبيع مالا بمال نسيئة سواء كان من جنسه
او من غير جنسه على ما سنذكره من بعد وسمي به لاختصاص احد العوضين
بزيادة الحلول والثالث ربا اليد وهو ان يقبض احد العوضين دون الاخر وزاد
في التتمه رابعا وهو ربا القرض بشرط جر منفعة قال ابن عمر كل قرض جر
منفعة فهو وجه من وجوه الربا والاصل في تحريمه قبل الاجماع من الكتاب
ايات منها قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا وقوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا وهي اخر اية نزلت في القران ومن السنة
اخبار منها ما روى الترمذي عن ابن مسعود انه قال لعن رسول الله صلى الله عليه

آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه وروى مسلم عن جابر نحوه وزاد
وقال هم سواء وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه عد من الكبائر اكل الربا
وقد قيل ان الله تعالى ما احل الزنا ولا الربا في شريعة قط وهو معنى قوله
تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه يعني في الكتب السالفة وقد اختلف
اصحابنا فيما جاء به الكتاب من تحريم الربا هل هو مجمل فسرته السنة
او بين وللمعهود الجاهلية من ربا النسيئة وطلب في ربا الفضل بزيادة
في الاجل على وجهين للاخبار حكاهما ابو حامد المروزي قال ولا يحرم
الربا الا في الذهب والفضة والماكول والمشروب اما التحريم في هذه الاشياء
فالاصل فيه ما روى الشافعي باسناده عن مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة
بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق
بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح
الا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق
بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر كيف شئتم
قال ونقص احدهما التمر او الملح وزاد الآخر فمن زاد او استزاد فقد اربى
انتهى فثبت التحريم في هذه الستة بالنص وقسنا ما عدا الاربعة من
المطعومات والمشروبات عليها لما اشتركا فيه من الطعم اذ هو العلة
فيها على ما سنذكره وصار القاضي ابو الطيب في تعليقه الى ان عموم
الالف واللام في قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام
الا مثلا بمثل مغن عن القياس لانه عمم الجنس وكل ما يطعم لفظا
واختاره الامام في الاساليب واما عدم تحريم الربا فيما عدا ذلك فهو
ثابت عنها اذا اختلف الجنس باجماع الامة كما حكاه الماوردي واذا اتحد
الجنس فقد قال ابو حنيفة بتحريم النساء من اي جنس كان ودليلنا عليه
ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان

وطلب في

بلغ

اجهز

اجهز جيشا وليس عندنا ظهر فابتعت البعير بالبعيرين
وبالابعرة بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى خروج المصدق وروي
ان عليا باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى اجل ولم يعرف لهما
مخالف فصار اجماعا واما من جهة القياس فلانهما عوضان يجوز
التفاضل في كل واحد منهما فلا يحرم فيهما النساء كما لو باع ثوبا من
قطن بثوب من ابريسم او ثوبا هرويا بثوب مروي الى اجل عن الرجل الاخر
الذي روى عنه الشافعي قال القفال رحمه الله هو عبد الله بن عبيد الله
هو من جزيل الحاوي انه الاشعث الصنعاني وقد اختلف في قوله فمن
زاد او استزاد على وجهين احدهما ان هذا شك اخبر به الشافعي
والثاني ان النبي صلى الله عليه وسلم لفظ بهما جميعا واراد بقوله زاد
اعطى الزيادة وبقوله استزاد اخذ الزيادة او طلبها قال فاما
الذهب والفضة فانه يحرم فيهما الربا بعلة واحدة وهي انهما
قيم الاشياء اراد الشيخ بذلك التنبيه على مذهب ابي حنيفة واحمد
فان عندهما العلة فيهما كونهما موزونين من جنس واحد فيعديانها
الى الرصاص والنحاس والقطن والحديد والصوف والكتان وجميع
ما يوزن في العادة ووجه ما ذكرناه ان الذهب والفضة يجوز
اسلامهما في جميع الموزونات فلو كانت العلة فيهما وفي سائر
الموزونات واحدة لما جاز اسلامهما في ذلك لان كل شيئين جمعتهما
علة واحدة في الربا لا يجوز اسلام احدهما في الآخر كالذهب في
الفضة والعكس والبر في الشعير والعكس وقد علل ان غيرهما
لم يشاركهما في العلة واعلم ان القاضي ابا الطيب اعترض على من
جعل العلة في الذهب والفضة كونهما قيم الاشياء وقيم المتلفات
بان غير المضروب من الذهب والفضة ليس بقيمة للاشياء ولا ثمنا

وهو في

جمعتهما

لها والربا يجري فيهما والعلة العبارة الصحيحة كونهما جنس الأثمان غالبا وكانه اراد بقوله غالبا الاحتراز عن الفلوس اذا راجت فانه لا ربا فيها عند العراقيين وقد اجرى الغزالي فيها وجها **قال** واما المأكول والمشروب فانه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة وهو انه مطعوم والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل فعلق المنع على الطعام وهو اسم مشتق وتعليق الحكم على الاسم المشتق يدل على التعليل بما منه الاشتقاق لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا او السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فانه يدل على تعليل الجلد بالزنا والقطع بالسرقة والتثبت لاجل الفسوق فكذلك هاهنا يدل على التعليل بالطعم لان الحكم يوجد بوجود هذه العلة ويعدم بعدمها وذلك ان الحب يجري فيه الربا وهو مأكول فاذا زرع صار قصيلا اخضر غير مطعوم لم يكن فيه ربا فاذا انعقد الحب فيه صار مطعوما يجري فيه الربا والدوران يفيد العلية وان قيل الاسم اسم مشتق ولا نسلم الاكتفاء بالتعليل بمجرد التعليق على المشتق بدون المناسبة وما ذكرتم من الدوران غير لازم لكونه ممنوعا في حال كونه حبا فاذا صار قصيلا لم يكن كيلا فاذا انعقد الحب صار مكيلا فما ذكرتموه ممنوع قيل اما الاشتقاق فظاهر فانه يصح اطلاقه على كل مطعوم بدليل قوله تعالى كل الطعام كان حلا لبني اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه يعني كل مطعوم وقوله فلينظر الانسان الى طعامه ثم فسره بقوله فانبتنا فيها حبا وعنبا الى آخرها وقوله وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اي ذبائحهم وما صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في ماء زمزم انه طعام طعم وشفاء سقم وقالت عائشة مكثنا دهرا ما لنا طعام الا الاسودان

التمر والماء

التمر والماء واما اشتراط المناسبة في الوصف المشتق المعلق عليه الحكم فالجمهور على ان المناسبة ليست بشرط ومن زعم انها شرط صار اليه الامام فيجاب بان وجه المناسبة حاصل لان الله تعالى قال وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون والعبادة موقوفة على البقاء والبقاء موقوف على ما جعله الله تعالى سببا وهو تناول المأكول والمشروب وفي تضييق باب التجارة فيهما الطعام حجر فيهما وتيسيرهما وهذا المعنى جار في كل مطعوم وهو جار في جوهري الاثمان اللذين يتوصل بهما الى ذلك غالبا والى سائر الحاجات وهذا مناسب اقترن الحكم به فغلب على الظن انه العلة ولا يقال وجب ان يختص بالاقوات لشدة الحاجة اليها لانه صلى الله عليه وسلم نص على اصناف مختلفة المقاصد مع الاشتراك في انها مطعومة فدل على التعليل بالقدر المشترك فمنها نص على البر والشعير والمقصود منهما القوت فالحق بهما ما في معناهما كالارز والذرة وغيرها ونص على التمر والمقصود منه التأدم والتفكه فالحق به ما في معناه وهو الزبيب والتين وغيرها ونص على الملح والمقصود منه الاصلاح فالحق به كل ما يحتاج اليه تداويا واصلاحا واما قولهم ان الحب اذا انعقد صار مكيلا ممنوع لانه ما دام في سنبلة فليس بمكيل وانما يتفق كيله على يبسه وحصاده ودوسه وتلك صفة ليست بموجودة في الحال فتقرر ما ذكرناه وهو المذهب الجديد وفي القديم ان العلة مع الطعم التقدير في الجنس بالكيل او الوزن فلا يجري الربا فيما لا يوزن ولا يكال من المطعومات كالسفرجل والرمان والسفرجل والجوز والاترج والنارنج وغير ذلك ولو خف منه شيء لندوره وجرى فيه الوزن فعلى هذا الحكم عند القفال على ما حكاه الامام والدليل ما قاله الامام والظاهر

هذا

بخلاف غيرها ولنا ما نقل العدل بما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الطعام بالطعام الا مثلا بمثل ولم يفرق بين المطعوم المكيل والموزون
والمعدود فهو على عمومه وعلى القديم اختار الشيخ بقوله علة واحدة
وبقوله مطعوم عما حكي عن الاودني من اصحابنا ان العلة الجنسية
لا غير حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا وقد اختلف الاصحاب على
الجديد في مسايل منها الماء والادهان المطيبة وبزر الجزر والبصل
والفجل والسلجم وكذا البزر قطونا وحب الكتان ودهنه ان قلنا بجريانه
في حبه ودهن السمك وصغار السمك ان قلنا ان تحليلها لحل تناوله
والزعفران بالمحلى ولا اعرف لجريانه وجها الا كونه يطيب به الطعام
فيلتحق بالملح وهذا يلزم عليه غيره من الطيب كالمسك والكافور وغيرهما
وذلك اجرى فيه الخلاف ايضا في ما الورد والسقمونيا والصمغ والجص
والمصطكي والطين الذي يؤكل تفكها وسفها كالطين الخراساني دون
الارمني والمختوم فانه دوا ويجري فيه الخلاف في الربا وجها واحدا
وقيل بجريان الخلاف فيه ايضا حكاه ابن التلمساني ويجري ايضا في كل ما
امكن اصلاحا مما من الادهان وهو في بعضه كدهن الخروع في
وحب القرع كما حكاه الماوردي واختار ابن عصرون جريان الربا في الادهان
المطيبة ودهن السمك وبزر الكتان وغيره وانه لا يجري في الماء والطين
الذي يؤكل سفها والصحيح عند غيره جريان الربا في الماء اذا قلنا بصحة بيعه
والزعفران والسقمونيا والمصطكي والسمك الصغير وانه لا يجري في دهن
البزر وحكى الامام عن العراقيين القطع به وقال لا يجري في دهن
السمك المعد للاستصباح وطلي السفن بحال ويظهر في هذا اجعله
مال ربا فانه جزء من السمك ورجح في السمك الصغير القول بعدم
جريان الربا فيه لانه لا يقصد للاكل ولا نزاع في انه يجري فيما عدا

هذه الاشيا من الفواكه والحبوب والبقول والتوابل وفيما
يوكل نادرا كالبلوط وفيما لا يوكل الا مع غيره كالحب في السمسم والاجزاء
في الحرائف وقصبات الكمون وان كان يوكل وكذا الاجزاء فيما هو ما كل
البهايم كالحشيش والتبن وغيرهما ولو كان مما يأكله الادميون
والبهايم فالمعتبر فيه اغلب الحالين من اكل الادميين والبهايم
ولو استوت حالتاه فكان اكل البهايم له كاكل الادميين قال الماوردي
فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما وهو الصحيح جريان الربا فيه
والثاني لا ربا فيه لان الصفة لم تخلص قال فمتى باع شيا من ذلك
بجنسه حرم فيه التفاضل لقوله عليه الصلاة والسلام سوا بسوا واما قوله
صلى الله عليه وسلم انما الربا في النسية فقد ارقال في انه جواب من النبي
لسائل سأله عن التفاضل في جنسين مختلفين فنقل الراوي جوابه
صلى الله عليه وسلم واغفل سوال السايل قال والنسا لقوله عليه الصلاة والسلام
عينا بعين والمعنى العين الحاضرة بالحاضرة ويلزم ذلك الحلول لان
النسا هو الاجل والاجل انما يثبت اذا كان في الذمة والعين لا تثبت
في الذمة فكل ما صح لا اجل فيه وقيل هو من اشتراط التعيين والحضور نفي
الاجل وهو الحلول ومما يدل على الحلول قوله صلى الله عليه وسلم في ابدال الدراهم
بالدنانير ربا لحكم لا باس اذا افترقتما وليس بينكما شي والاجل يبقى
علقه بعد المجلس التفرق والنسا هنا التاجيل قال والتفرق
قبل التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولا فرق في ذلك بين
المصوغ منهما وغير المصوغ ولا بين الكثير وغيره وقد دل عليه قوله صلى الله
الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها
خرجه ابو داود عن عبادة وروى مالك في الموطأ عن زيد بن
اسلم عن عطا بن يسار ان معاوية باع سقاية من ذهب او ورق باكثر

من ورق مثلها فقال ابو الدرداء سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا
مثلا بمثل فقال له معوية ما ارى بهذا باسا فقال ابو الدرداء من يعذرني
من هذا اخبره عن النبي صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رايه فقدم على عمر واخبره
بذلك فكتب عمر الى معوية الا تبيع ذلك الا وزنا بوزن مثلا بمثل ولا فرق
فيما ذكرناه بين ان يكون العقد واردا على العين او الذمة وان كان ظاهر الخبر
قد يمنع اذا ورد العقد على ما في الذمة لانهما اذا عيناه في المجلس صار عينا
بعين كما اذا اقبضا في المجلس كان يدا بيد وفي الرافعي في باب السلم حكاية
وجه انه لا يجوز بيع الطعام بالطعام في الذمة ويقوم مقام قبض القابض
قبض وكيله بحضرته في المجلس وكذا وارثه ان قلنا ان خيار المجلس لا يبطل
بالموت دونما اذا فارق الوكيل المجلس قبل القبض او قلنا يبطل خيار المجلس
بالموت فانه يبطل العقد قاله الامام في اخر الوكالة والماوردي هنا ولو
احال احدهما على صاحبه بما وجب عليه فان قبض في المجلس جاز ان قلنا ان الحوالة
استيفاء وان قلنا انها معاوضة فلا لانه يكون بيعا قبل القبض بطل وان
قلنا ان الحوالة استيفاء لانها ليست باستيفاء حقيقة قاله الماوردي وغيره
والتخاير قبل التقابض هل ينزل منزلة التفرق فيه وجهان اصحهما وهو ما
حكاه في المهذب نعم فيفسد العقد والثاني وهو اختيار ابن سريج وهو ما حكاه
الماوردي لا فيصح العقد ولا يلزم ويكون وجود التخاير كعدمه وقال الشيخ
ابو محمد اولا هل يبطل الخيار فيه وجهان فان بطل بطل العقد والا فلا

فرع لو ادعى احدهما التفرق قبل التقابض وانكره الاخر قال الماوردي
القول قول من يدعي القبض ويكون الصرف باطلا وفي المرشد في باب اختلاف المتبايعين
ان كان ما يلغيه كل واحد منهما في يد صاحبه فالقول قول من ادعى حصول
القبض وان كان في يد الاول فالقول قول ... في موضع التبايع والعقد دليل
ما حكاه ابن الصباغ في السلم فيما اذا اختلفا في قبض راس المال قبل التفرق

او بعده

او بعده ان القول قول من يدعي الصحة ولم يحك سواه وطرده فيما اذا
كان في يد المسلم اليه وادعى المسلم اليه انه اودعه اياه او غصبه
قال واذا باع من غير جنسه فان كان مما يحرم فيهما الربا بعلة
واحدة كالذهب والفضة والحنطة والشعير جاز فيهما التفاضل
وحرم فيهما النسا والتفرق قبل التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد وفي لفظ اذا اختلفت هذه الاصناف
شرط التقابض وهو يستلزم الحلول وقد روى ابو بكر النيسابوري في
الزيادات عن عبادة انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم قال الشعير بالشعير مثلا
بمثل فمن زاد او ازداد فقد اربى ولا باس ببيع الشعير بالبر والبر
بالشعير اكثرهما يدا بيد وفي هذا الحديث دليل على من ادعى ان الشعير
والقمح واحد **قال** وان لم يحرم فيهما الربا بعلة واحدة كالذهب والحنطة
والفضة والشعير جاز فيهما التفاضل والنسا والتفرق قبل التقابض
قال في المطلب لاجماع الامة على جواز اسلام الذهب والفضة في
غيرهما من المكيلات والموزونات وقد نقل في صدر الباب ذكر الدليل
على عدم جريان الربا فيما عدا ما ذكر **قال** وكل شيئين جمعهما اسم خاص
كالتمر المعقلي والبرني وكالحنطة الصعيدية والبحيرية والزبيب الابيض
والاسود والقشمش وغير ذلك **قال** فهما جنس واحد اي يحرم التفاضل
والنسا والتفرق قبل التقابض لعموم قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة ولا
التمر بالتمر وكل منهما يطلق عليه اسم التمر والبر وما روى مسلم عن ابي سعيد
الخدري قال جاء بلال بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من اين هذا فقال
بلال كان عندنا تمر ردي فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي صلى الله عليه وسلم
فقال النبي صلى الله عليه وسلم عند ذلك اوه عين الربا لا تفعل ولكن اذا اردت
ان تشتري التمر فبعه ببيع اخر ثم اشتر به وقال في اخره لا تفعلوا ولكن

ولا البر بالبر

وفي الاصل اراه

مثلا ابنل او سعوا هذا ارا ستر وا منتوعنه من هذا وكذلك الرواز وع الجلس
قال الشيخ هو صنف من الحنطة والسلت صنف براسه ليس حنطة ولا
شعير والتمر الهندي جنس براسه وقال ابن القطان انه من جنس
التمر وليس بشي واحترز بالسح ما الاسم الخاص عن ان يجمعها اسم عام
كالفاكهة المقوله على التفاح والسفرجل وغيرهما والحب المقول على
الحنطة والشعير والسلت وزاد في المهذب الى ذلك ان يكون من اصل
الخلقة ليحترز به من الادقة والادهان فان الاسم يتجدد بتفرق الاجزاء
او العصير قيل ولا حاجة الى زيادة هذا القيد لسقطه في التتمة
فان الاسم الخاص يجمعها لا تكون الا مع الاضافة كقوله دقيق بر
ودهن سمسم ونحو ذلك **تنبيه** المعقلي بفتح الميم واسكان العين
المهملة نوع من التمر معروف بالعراق منسوب الى معقل بن يسار الصحابي
والعامة تنسب نهر معقل بالبصرة والبرني نوع من التمر اصفر مدور وواحده
برنيه قال صاحب المحكم وهو اجود التمر وقال الشيخ في باب السلم ان
المعقلي افضل قيل وليس الامر كذلك **قال** وما لا يجمعها اسم خاص كالحنطة
والشعير واللحم والشحم والالية والكبد فهما جنسان اي فلا يحرم فيهما
التفاضل لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة فاذا اختلفت هذه الاصناف
وروي هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد فذكر ستة اشيا
وحرم فيها التفاضل اذا باع كل شي بموافقه في الاسم واباح فيهما
التفاضل اذا باعه بما خالفه في الاسم وسماه اختلاف الجنسين وهو
موجود فيما ذكرناه فعلى هذا الشحم جنس والكبد جنس وكذا ابعاض
الحيوان وهل هو من سائر الحيوانات جنس واحد او اجناس فيه خلاف
كما سيأتي في اللحم وحكى الشاشي في الحليه وجها ان الالية من اللحم وهو
احتمال ابداه الامام وحكى الماوردي وجهين في ان الالية مع ما

حمله الظهر

ما حمله الظهر صنف من الشحم ام لا وجهان احدهما انهما مع الشحم صنف والثاني
انهما اصناف مختلفة عن الشحم وحكى المراوزة في ابعاض الحيوان طريقين
احدهما انا ان قلنا ان اللحوم اجناس فهذه اولى لاختلاف اسمائها وان
قلنا انها جنس واحد فوجهان والثاني عن القفال انا ان جعلنا اللحوم
جنسا واحدا فهذه الاشيا مجانسة لها وان جعلناها اجناسا فوجهان
لاتحاد الحيوان وصار شحم الظهر وبطنه وعلى المذهب القلب ملحق عند
العراقيين بالكبد وعند المراوزة باللحم والجلد جنس واحد وشحم الظهر مع
شحم البطن جنسان وسنام البعير معهما جنس اخر والراس والاكارع
من جنس اللحم وفي الاكارع عند الامام احتمال **قال** وفي اللحمان والالبان
قولان اصحهما انها اجناس فيباع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا لانها فروع
لاصول مختلفة هي اجناس فوجب ان تكون الفروع اجناسا كالادقة والادهان
فان دقيق الحنطة جنس ودقيق الشعير جنس ودهن الارز جنس لان
الحبوب التي هي اصولها اجناس وكذلك الادهان اجناس لان اصولها
من السمسم والجوز واللوز اجناس والمعتبر اشتراكها في الاسم بعد ذلك
فكذلك اللحمان والالبان **قال** والثاني انها جنس واحد لانها اشتركت
في الاسم الخاص حال حدوث الربا فيها لان الجميع يسمى لحما ولبنا وانما
تتميز بالاضافة فيقال لحم بقر ولحم ابل ولبن بقر ولبن ابل كما يقال تمر في
الجميع يتميز بالاضافة فيقال تمر معقلي وتمر برني وتمر طبرزد وقد حكى
طرد هذا القول ايضا في الادقة عن رواية حرملة وخرجه ابو علي بن ابي
هريرة في الادهان ايضا وحكى ابن الصباغ طرده في الخلول قال الماوردي
وذهب سائر اصحابنا الى فساد تخريج ابن ابي هريرة والفرق بين التمور وبين
اللحمان والالبان ان الطلع شي واحد وبعضهم جزم في الالبان بالقول
الاول جريا على ظاهر النص وفرق بينها وبين اللحوم بان الاصول

التي جعل اللبن فيهما باقية لحالها وهي مختلفة فيبدا مرحكمها على
الفروع بخلاف اصول اللحوم وفي الحاوي ان القول الاخر نص عليه في
القديم **التفريع** ان قلنا انها جنس واحد فلا فرق بين لحوم الحيوانات
البرية اهليتها ووحشيتها وكذا البانها وكذا لحوم البحريات جنس
واحد وفي لحوم البحريات مع البريات وجهان احدهما وبه قال ابو علي الطبري
والشيخ ابو حامد انهما جنسان والثاني انها جنس واحد لشمول الاسم
وهو اختيار القاضي ابي الطيب وابن الصباغ وهو الذي اورده في التهذيب
فان جعلناها اجناسا فحيوان البر مع حيوان البحر جنسان ثم الاهليات
من حيوان البر جنس والوحشيات جنس لكل واحد من القسمين اجناس
فلحوم الابل والبانها على اختلاف انواعها جنس ولحوم البقر والجواميس
وغيرهما والبانها جنس ولحوم الغنم والبانها ضانها ومعزها جنس
والبقر الوحشي جنس وفي الظبي مع الايل تردد للشيخ ابي محمد واستقر
جوابه على انهما كالضان والمعز وقد صرح المتولي بحكاية ذلك وجهين عن
الاصحاب ان وجه الحاقهما بالغنم انهما يقربان منها والتفاوت الذي
بين الظبي والمعز ليس باكثر من التفاوت الذي بين المعز والضان والصحيح
انهما لا يلتحقان بالغنم حتى في الزكاة والطيور والعصافير على اختلاف
انواعها جنس والبطوط جنس وعن الربيع ان الحمام كل ما عب
وهدر جنس فيدخل فيه القمري والدبسي والفاختة وهو اختيار
الامام والبغوي وجماعة واستبعده العراقيون وجعلوا كل واحد
منها جنسا براسه والسموك من حيوان البحر جنس وفي غنم الماء وبقره
وغيرهما مع السموك هكذا وفي بعضها مع بعض وجهان اصحهما انها
اجناس كحيوان البر وهل الجراد من جنس اللحوم فيه وجهان فان
قلنا نعم فهل هو من البريات او من البحريات فيه وجهان **فرع** دهن الورد

والبنفسج والبان جنس لان اصلها الشيرج وانما اكتسبت
الروائح المجاورة لهذه الاشياء قال الماوردي وغيره وزيت الفجل
مغاير لزيت الزيتون فهما جنسان وقال بعض الاصحاب انهما لا
ولا يصح لان اشتراكهما في الاسم ليس اشتراكا في اول دخولهما في الربا كالخلا
الالبان وعسل القصب والنحل وعصير العنب والرطب اجناس
وكذا دبس العنب والرطب جنسان وفي الرامخ ما سقي حريان وجه
في ان عصير العنب مع عصير الرطب جنس واحد وفي عصير العنب
مع خله وجهان اظهرهما انهما جنسان والسكر والنبات جنس واحد
وفي السكر والفانيذ وجهان واستنبط الامام قولين قال انهما جنس
واحد واما السكر الاحمر الذي هو عكر السكر الابيض فهو من قصبة خفيه
مع الابيض تردد من حيث انه خالف صفته مخالفة ظاهرة قال الامام
ولعل الاظهر انه من جنسه وبيض الطيور اجناس ان جعلنا
اللحوم اجناسا وان جعلناها جنسا واحدا فهي اجناس هاهنا ايضا
في اصح الوجهين والبقول كالهندبا والنعنع وغيرهما اجناس اذا
قلنا بجريان الربا فيها وفي القثاء مع الخيار وجهان وفي البطيخ المعروف
مع الهندي وجهان **تنبيه** اللحمان بضم اللام جمع لحم ويجمع ايضا على
لحوم ولحام **قال** وان اصطرف رجلان وتقابضا ثم وجد احدهما بما
اخذ عيبا اي اخرجه عن الجنس كالدراهم الخشنة والصفر في الذهب
وغير ذلك **قال** فان ورد العقد على العين ورده انفسخ البيع ولم يجز
اخذ البدل اي لا بعقد جديد لان الدراهم والدنانير عندنا تتعين
اذا ورد العقد عليهما والحكم كما لو ابدلها قبل القبض حكى الصباغ من
الحنطة والعبد والثوب اذا ورد العقد على عينه وهذه الاشياء اذا
تلفت قبل التقرر او بعده انفسخ العقد ولم يجز اخذ البدل فكذلك

الدراهم والدنانير وانما قلنا ان الدراهم والدنانير تتعينان بالتعيين
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة عينا بعين وذلك يدل على
انهما يتعينان ولو كانا لا يتعينان لما قال عينا بعين ولانه عوض
تعين بالقبض فجاز ان يتعين بالعقد اصله اذا عين ما ذكرناه ومن
قال بانهما لا يتعينان بالتعيين يجوز للبائع ابدالهما واذا تلفتا لا
ينفسخ العقد وهو ابو حنيفة متمسكا فيه بانه لا غرض في اعيانهما
وانما الغرض في ماليتهما فكان كتعيين الميزان فقد ناقض مذهبه في
تعينهما في الغصب والوديعة وهو يبطل بما علل به على انا نقول قد يكون
له فيهما غرض بان يعلم انهما من جهة حلال ولا يعلم ذلك في غيرهما ونقول
ما قاله يبطل انتقاضا بما اذا ورد العقد على صاع من صبرة وتلف جميعها اذا
فهم ذلك عرف فائدة قول الشيخ لم يجز اخذ البدل ولا فرق فيما ذكرناه بين
ان يكون تعيين الدراهم في عقد الصرف او في غيره **قال** وان كان على
عوض في الذمة اي بشرطه اما بالوصف او بالاطلاق ولم يكن ثم نقد غير
واحد او نقود واحدها اغلب جاز ان يرد ويطالب بالبدل قبل التفرق
لان العقد وقع على ما في الذمة صحيحا لا عيب فيه فاذا قبض معيبا كان
له ان يطالبه بما في ذمته كما تلفا ولانه العقد كما اذا قبض المسلم فيه فوجد
به عيبا ويخالف ما اذا ورد العقد على عينه فانه لا علق المطالبة بما لم
يتناوله العقد **قال** وفيما بعد التفرق قولان احدهما يرد ويطالب بالبدل
لانه يجوز الابدال فيه قبل التفرق فوجب ان يجوز بعده اذا لم ينفسخ العقد
بالتفرق قياسا على المسلم فيه فان للمسلم ابداله اذا وجد به عيبا سواء
فارق مجلس العقد او لم يفارقه وهذا هو الاصح في الام وغيره لانه يشترط
قبض البدل قبل التفرق من مجلس الرد والثاني انه بالخيار ان شاء رضي به وان
شاء رد فاذا رد انفسخ البيع لانا لو جوزنا ابداله لكان قبضه بعد التفرق من

من تعيين الدراهم

بعد التفرق من مجلس العقد ولا يجوز قبض العوض في الصرف بعد
التفرق من مجلس العقد ويخالف المسلم فيه لان قبضه لا يختص بالمجلس
وفي اي موضع قبض جاز ونبه الامام هنا على الخلاف في بيان الحكاية على ان الكلام
اذا قبض ناقصا عن وصفه وكان المقبوض من جنسه متى ملك هل بالعقد
او بالقبض مع الرضا وفيه قولان فان قلنا انه ملك بالقبض صح ابداله وان قلنا
لا يملك الا بالرضا فلا يجوز ابداله **قلت** ويقتضي هذا البناء ان يجري الخلاف
فيما اذا رضي به بعد التفرق لان الملك حصل بعد التفرق ولم ارهم قالوا انا
بالرد نتبين عدم الملك اما اذا اجاز فلا يجيء هذا القول بل يستمر الملك
وهذا اشار الامام الى ذلك بقوله من قبل فان رضي استمر الملك الا انا نقول قد
حكي من بعد ان الخيار بسبب هذا النقص هل هو على الفور ويبنى على الخلاف
فان قلنا لا يملك بالقبض فالمرض فلا اشكال ان معنى الفور لا يتحقق بل الملك
موقوف على الرضا متى كان وهذا يدل على جريان الخلاف وان لم يجر بعد فسخ
فرع لو كان العيب ببعض المعقود عليه واثبتنا الخيار فيه فان رده
جملته فلا كلام وان اراد ان يرد المعيب خاصة فيبنى ذلك على تفريق
الصفقة فان جوزناه فلا كلام يقسطه من مقابله او كل الثمن فيه قولان
ويعلو القاضي ابي الطيب وهذا اذا ورد الصرف على ذهب وفضة اما اذا
كان ذهبا بذهب او فضة بفضة قال القاضي ابو الطيب بطل العقد وجها
واحدا لانه من قاعدة مد عجوة ذات الدينار الصحيح والدينار القراضة
بدينارين صحيحين او قراضة اما اذا كان العيب خروجا عن الجنس بان وجده
رصاصا او نحاسا فان كان في الكل بطل العقد في الكل اذا ورد العقد على العين
المعين ... على ذلك في ... الصرف وقال ابو علي من الاصحاب من
اصحابنا من قال البيع صحيح ويخير فيه ويجري هذا فيما اذا قال بعتك
هذه البغلة فخرجت حمارا وهل هو نوع من البغال يشبه الحمير ...

ملكه

يظهر بيانه ومنها اذا باع ثوبا على انه قز فخرج كتانا او ان الحمار الجام
يشبه القز وهذا الجوهر على انه عتيق فاذا هو بخلاف ما شرط ولو
قال بعتك هذا الحمولي فهو حار او هذا الشخص وهو عبد فاذا هو فرس او
جارية فان كان المشتري عالما بالحال انعقد العقد وان كان جاهلا فهل
ينعقد فيه الخلاف ذكره القاضي الحسين في باب بيع البراءة ويتجه طرد هذا
التفصيل فيما ذكرناه وان كان العيب في البعض بطل العقد فيه على النص وفي
الباقي قولا تفريق الصفقة فان قلنا يفرق واخذ الباقي بحصته من الثمن قال الماوردي
قولا واحدا وفي تعليق القاضي الحسين حكاية على التفصيل والخلاف الذي في قال
البندنيجي فان قلنا انه ياخذ المسلم بكل الثمن لم يكن رد المعيب وامساك
الصحيح وانما يقال له اما ان ترد الكل او تمسك الكل واما ان يبطل البعض بكل
الثمن فهذا سهو لا يقبل مثله وفي كلام القاضي والماوردي ايضا اشارة الى
ذلك **فايده** كلام القاضي الحسين في تعليقه مصرح بان من حصل له البدل
المعيب فيما اذا ورد العقد على ما في الذمة واطلع على العيب بعد التفرق ثبت
له الخيار بين اخذه ورده واسترجاع ثمنه وهل له المطالبة بالبدل قبل
التفرق وبعد التفرق وكان يتجه اذا قلنا بجواز اخذ البدل ان لا يثبت له الخيار
في رده واسترجاع ثمنه لان المعقود عليه باق في الذمة كما في المسلم فيه
اذا رد بسبب العيب وهذا الذي صرح به المتولي وابن التلمساني في شرحه لكن
يشكل عليه ان الامام قال انا اذا جوزنا الاستبدال بنينا على انه ملك بالقبض
ومتى ملك المعيب بالقبض امتنع ان نجعله باقيا في الذمة **فرع** اذا
ورد الصرف على ما في الذمة ثم عين في المجلس بالقبض هل يكون كالمعين في حال
العقد فيه نظير في راس مال السلم خلاف ويتجه جريانه هاهنا فان جرى
فمن ثمرته انه اذا رد العقد هل يجب على القابض رد ما اخذ او يجوز له
رد بدله فيه خلاف واذا باع ماله في ذمة زيد من بكر لزيد بعوض

موصوف في

له في — قولان — انتهى

موصوف في الذمة وعينه في المجلس فهل يكفي ام لا بد من قبضه
ان قلنا انه كالمعين في العقد خرج على القولين في اشتراط القبض
والا فلا بد من القبض لكن يلزم على هذا التفصيل انه اذا وجد به
عيبا ورده في المجلس ان لا يجوز له اخذ البدل على وجه كما اذا ورد
العقد على عينه والله اعلم **اخر** اذا اطلع على العيب بعد التلف وكان
العوضان من جنس واحد لم يكن له الرجوع بالارش لانه يؤدي الى
التفاضل ولكن يفسخ العقد ويرد مثل التالف ان كان مثليا وقيمته
ان كان متقوما ويسترجع الثمن وهذا ما اجاب به الماوردي والبندنيجي هنا
وابن الصباغ والمتولي في مسألة الحلي اذا وجد به عيبا وقد ذكر فيه وجه
اخر انه يجوز اخذ الارش وهو الذي صححه في التهذيب وهل يعتبر من
جنسه او من غير جنسه فيه خلاف مذكور ثم ومثله يجري هاهنا اذا لم يظهر
بينهما فرق ولو كانا من جنسين كالذهب والفضة فهل له ان يرجع بالارش
فيه وجهان احدهما الجواز اعتبارا بالعيوب في سائر البيوع قال
الماوردي وهذا اقيس فعلى هذا يرجع بارش الدينار من الدراهم وبارش
الدراهم من الذهب ويتجه ان يجيء فيه الوجه الاخر الذي نقلت حكايته
والوجه الثاني وهو قول الشيوخ من اصحابنا البصريين والجمهور من
غيرهم لا يجوز له الرجوع بالارش لان الصرف اضيق من سائر البياعات
فلم يتسع لدخول الارش فيه ولان الارش يعتبر بالاثمان على الجديد
فجاز ان يكون الارش داخلا في الاثمان فعلى هذا يفسخ العقد
ويرجع عليه بمثل التالف او قيمته ان كان متقوما وهل يرد العقد
على عينه وان ورد على الذمة ثم قبض في المجلس فهل له ان يبدله
مثل وقيمته ان كان متقوما وهل له ان ياخذ بدله فيه القولان ان نقا
هذا حكاه الماوردي وفي بعضه تناقض لما حكيناه عنه في الباب الاول

المبيع في — حكاه — نقا

من جانب المبيوع والحق ان جميع ما ذكرناه في الصرف يجري مثله فيما
اذا باع ما يحرم فيه الربا لعلة الطعم بما يحرم فيه الربا لعلة الطعم
وما حرم فيه التفاضل **قال** وان كان مما يكال لم يجز بيع بعضه ببعض حتى
يتساويا في الكيل اي في علم المتعاقدين حالة العقد وان لم يتساويا
في الوزن وان كان اكثر لما روى ابو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
الحنطة بالحنطة مدي بمدي والشعير بالشعير مدي بمدي والتمر
بالتمر مدي بمدي فمن زاد او ازداد فقد اربى وروي انه صلى الله عليه وسلم قال
لا تبيعوا البر بالبر الا كيلا بكيل يدا بيد نص على التساوي بالكيل والمعنى في
ذلك انه لا يعتبر التساوي في الوزن لانه قد يتخالفا امرين من الكيل
نعم لو علم تساوي صنفين في الكيل والوزن فهل يجوز بيع بعضه ببعض وزنا فيه
وجهان يحكيهما في الحاوي وحكي عن العمراني انه يجوز بيع ما يكال وزنا
دون عكسه والذي كان يكال على عهد النبي صلى الله عليه وسلم الحبوب
والادهان والالبان والتمر والزبيب والملح وحكى اصحابنا انه اذا كان
قطعا كبارا وجهين احدهما يجوز بيعه كيلا والثاني يوزن وهو الاظهر
وفي [illegible] الحمام ما يدل على ان اللبن الخاثر يجوز كيله ووزنه والحق الاصحاب
العسل بما يكال وهذا السمن والعسل عند ابي اسحق على ما حكاه الرافعي
عنه في السمن والقاضي ابو الطيب وغيره في العسل وحكى الرافعي ان
ابا اسحق قال في العسل انه يباع كيلا كالسمن والمنصوص انهما
يوزنان وتوسط صاحب التهذيب في السمن فقال ان كان ذائبا كان مما
يكال والا فهو يوزن وقال الماوردي ان كان ذائبا فلا يباع الا
كيلا وان كان جامدا فوجهان احدهما لا يجوز بيع بعضه ببعض لان
اصله الكيل وهو متعذر والثاني يجوز وزنا **قال** فان كان في
احدهما قليل تراب جاز لانه يتخلل في المكيال ولا يظهر اثره

وكذا قليل

وكذا قليل التبن مما لا يظهر اثره في المكيال كقشير التراب
والتبن لو كان المخالط فضلا وهو يعني التبن ودقائقه وهو حب
اسود دقيق من خلقة الشعير لم يجز لانه يمنع تساوي المقابل ولو باع
القمح بالقمح وفي احدهما قليل شعير والعقد مثله لم يضر
قال وان كان مما يوزن لم يجز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في
الوزن اي في علم المتعاقدين حالة العقد لما روى مسلم عن ابي هريرة
قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل
والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل فمن زاد او ازداد فهو ربا وكلما
ذكرناه من المعنى استدل الماوردي وغيره على اعتبار الكيل فيما
يكال بالحجاز في عصره صلى الله عليه وسلم وان كان يوزن في سائر البلاد والوزن
فيما يوزن في عصره صلى الله عليه وسلم بالحجاز وان كان يكال في سائر البلاد بما
روى طاوس عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المكيال مكيال اهل المدينة
والوزن وزن اهل مكة وليس هذا القول اخبارا بان يكون اهل المدينة
المكيال ومكة الميزان لان مكيال غير المدينة وميزان غير مكة يجوز التبايع
به واعتبار التبايع به فعلم ان المراد ان عادة اهل المدينة فيما يكيلونه
وعادة اهل مكة فيما يزنونه وفي النهاية انه يجوز ان يكون معنى الحديث
ان ما يتعلق به الوزن من النصب واقدار الديات وغيرها فالاعتبار
فيها بوزن مكة وما يتعلق بالكيل من زكاة الفطر والكفارات فالمعتبر
ما يجلب في المدينة وليس في الحديث تعرض لامر الربا واستدل المحاملي
على ذلك بان الشرع ورد باعتبار المماثلة والمساواة في البيع ولم
يبين الجهة التي يعتبر بها التساوي [illegible] ولا
حد لها في اللغة ولا في الشرع فرجع في تحديده الى العرف والعادة
واولى العادات بالاعتبار العادة التي كانت في عصره صلى الله عليه وسلم
زمنه

التماثل

قال فان كان في احدهما قليل تراب لم يجز لان التراب يظهر في الوزن ولا يتيسر الاحتراز عنه في الموزونات وصور الماوردي المسئلة بما اذا باع ما يوزن من الورق والذهب بعضه ببعض وفيهما او احدهما يسير من التراب

فرع اذا اتخذ منها الا لم يعهد في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ربما يجري التماثل به قال الامام الوجه القطع بجواز رعاية التماثل به جا وقطع اصحابنا بجواز بيع الدراهم بالدراهم اذا اعدلنا بالتساوي في كفتي الميزان ما اذا لم يجر العرف باستعماله بان باع ملوا قصعة بمثلها فيه تردد للقفال والظاهر الجواز والوزن بالماء ينبغي بان يوضع دراهم في ظرف ويلقى على الماء وينظر غوصه ثم يفعل مثل ذلك بمقابله قال الامام لكن الظاهر انه لا يكتفي به فانه ليس وزنا شرعيا ولا عرفيا

اخر لو قال بعتك هذه الصبرة على ان يكون كل صاع بصاع وهما لا يعرفان القدر وتقابضا في المجلس جزافا ثم كالا بعد التفرق بان خرجتا متفاوتين بالزيادة لا يدخل في العقد وهل يصح العقد في القدر المساوي فيه وجهان وجه المنع ان الجهل في بيع الكيل بالكيل تمام التسليم ولم يوجد او لانهما قابلا الصبرة بالصبرة وهما متفاوتتان وعلى الجليس يجريهما لو خرجتا متساويتين صحيح فيهما وجهان ولو قال بعتك الصبرة بالصبرة على ان يكون الصاع بالصاع وكالا في المجلس فان خرجتا متساويتين صح والا فوجهان احدهما ان البيع صحيح ويقال لمن نقصت صبرته ارضى بقدر صبرتك والا افسخ العقد ويقال لمن زادت صبرته سلم الزيادة وهذا ما اختاره ابن عصرون والثاني وهو المذهب في تعليق البندنيجي ان العقد باطل

قال وان كانا مما لا يكال ولا يوزن اي بل العادة فيه ان يعد كالبطيخ في بعض البلاد والسفرجل والاترج والجوز والبيض

واجناس ذلك ففيه قولان اي مبنيان على القول الجديد وهو جريان الربا فيها احدهما لا يجوز بيع بعضه ببعض لانه لا سبيل الى تجويز البيع عددا فان فيه تساهلا لا يحتمل مثله في باب الربا والوزن والكيل فيه غير معتاد في عهده صلى الله عليه وسلم وبعده والمثل الحاقه بالمكيل والموزون لان التقشير والرطوبة يمنعان العلم بالتساوي الذي هو شرط العقد فامتنع بيع بعضه ببعض وهذا هو الاصح عند الامام وظاهر المذهب قال والثاني يجوز اذا تساويا في الوزن ان تفاوت السفرجل والجوز والرمان في قشره من مصلحته والقثاء والبطيخ والبقل هذه حالها فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع التمر بالتمر وفيه النوى واللبن باللبن مع ما فيه من الرطوبة واعتبر الوزن فيهما لانه احصر ويجري هذا الخلاف في الحنفاء او انه كالجزر والفجل وغيرهما والمنع فيها منصوص عليه في الام وفي الجوز واللوز حكاه وجه ابن خيران فيه والجواز رأي في السفرجل وصحح الجواز وجعل المعيار في السفرجل الوزن وقال في الجوز دون اللوز وجزم المتولي في السفرجل والجوز اذا كانا صحيحين بجواز بيع بعضه ببعض وبالمنع اذا كان مكسورا او البعض مكسورا والبعض صحيحا والملخص الحاوي في ملسع الدجاجة وفي بطيخنا بعض او بيع السفرجل بالسفرجل الا حرر على قوله الجديد وهو ما حكاه الامام في اخر الباب بعد حكايته الخلاف الذي ذكرناه اولا واتفاق الاصحاب عليه وعلى منع بيع الحرز بالجوز وحكى قول الجواز وجها منسوبا الى رواية صاحب التقريب اما ما لا يكال ولا يوزن في عصر الحجاز ولا يكال ولا يوزن فيما جعلنا الحكم فيه فيجوز بيع بعضه ببعض وجها واحدا ولكن ما المعتبر فيه هل هو الكيل او الوزن الذي حكاه العراقيون فيه خمسة احدها انه يعتبر بالبلد التي فيها البيع فانه اقرب اليه والثاني انه يعتبر

والقثاء

ثم الا انقا

القدر

جل

مثل

فيما

الكروع

باشبه الاشياء به في الحجاز فان كان يشبه محلا لم يجز الا مثلا
وان كان يشبه موزونا لم يجز الا موزونا واختاره في المرشد كما اعتبر
ذلك من جزاء الصيد والحيوان الذي لا يعرف ان العرب تستطيبه او تستخبثه
فعلى هذا لو كان يشبههما فاقربهما المخير فيه وجهان حكاهما الشيخ
وزاد الشيخ ابو حامد في الاصل وجها ثالثا وقد حكاه ابن الصباغ والقاضي
ابو الطيب بدل الوجه الاول انه يعتبر فيه عرف اهل الوقت في اغلب البلاد
وهو ما حكاه الماوردي ولم يحك غيره ثم قال ان لم يكن للناس فيه عرف غالب
وكانت عادتهم مستوية في كيله ووزنه فقد اختلف اصحابنا فيه على اربعة مذاهب
احدها يباع وزنا لانه احصر والثاني كيلا لان الكيل في المأكول اغلب عليه والثالث
يعتبر باشبه الاشياء به والرابع انه مخير بين الكيل والوزن وفي التتمة انه ان كان
اكبر جرما من التمر فالاعتبار فيه بالوزن وان كان مثله او اصغر ففيه الوجهان
المذكوران اولا في الحاوي وزاد الامام عليها وجه اعتبار العرف الغالب
في موضع المعاملة وعن بعضه وجه التخيير واستبعده وقال لم ار لغيره
وحكى عن بعضه وعن الاصل الاول وجها اخر انه يتعين ان يتفرد بما يتقدر به
اصله فقال ولو منع ما نوع اصل البيع لاشتباه طريق التماثل لكان اقرب
مما ذكرناه ولكن لا قائل به من الاصحاب واعلم ان بعض الشارحين لهذا الكتاب قال
يمكن حمل كلام المصنف على القولين في ان ما لا يكال ولا يوزن هل يجري فيه الربا
كما ذكرناه من قبل وهذا لا نعطيه ظاهر الشرح ومن احتمل انه حكى قولا في منع
البيع مطلقا وذلك لا يوجد في هذه الصورة الثاني انه قسم ما حرم فيه الربا الى
ما له اقسام هذا اثناها الحسن ان يكون الخلاف الذي ذكره في انه هل يجري
فيه الربا ام لا **قال** وما حرم فيه التفاضل لا يجوز بيع حبه بدقيقه لان
دقيق الحنطة مثلا يقع في ثمان اجزاء بينهما جنس واحد كالدراهم المكسرة والصحاح
ولا يمكن اعتبار التساوي بالوزن لان اصله الكيل ولا يمكن اعتبار التساوي فيه

بالكيل لان

فيه بالكيل لان النظر الى التساوي في الكمال حالة الادخار والنبي صلى الله عليه وسلم
بقوله اينقص الرطب اذا جف وربما امتنع عليه كما سنذكره وحالة الكمال
دونه فيما لانه يدخر كذلك ويفسد اذا كان دقيقا والطحن يحدث بينهما
تفاوتا في الكيل بحيث يعلم التفاضل بينهما وذلك ممنوع بالنص فتعين
القول بعدم الصحة وبهذه العلة يحصل جله المسائل الاتية من هذا النوع
وما يقرب منه فيستغني عن اعادتها وحكى ابو الطيب بن سلمة وابن الوكيل
عن رواية الكرابيسي عن الشافعي قولا انه يجوز بيع الحنطة بدقيقها
كيلا بكيل وحمل الامام مقول الكرابيسي ان الدقيق مع الحنطة جنسان
حتى يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا ولا ارى فيشبه ان يكون منفردا
بهذه الرواية **قلت** لم يطلع عليها الماوردي وحكى انه مذهب ابي ثور
فلا انفراد وحكى الامام ايضا عن رواية ابن مقلاص ان الشافعي جعل السويق
مخالفا الجنس للحنطة لانه يخالفها في المعنى والدقيق مجانس للحنطة فانه
حنطة متفرقة الاجزاء والحنطة دقيق مكتنز قال الامام وعلى هذا الخبز
يخالف الحنطة ويجب ان يخالف السويق الدقيق والمذهب المشهور الذي نص
عليه في عامة كتبه الاول ونقل بعضهم ان يكون ما حكي عن الكرابيسي منقولا
عن ابي ثور فانه لم ينقل سوى ابي عبد الله وابو عبد الله يحتمل الكرابيسي ويحتمل
احمد فانهما يخالفان في ذلك وعلى هذا فلا يجوز بيع الحنطة بشيء مما يتخذ
منها كالسويق والخبز والنشا ولا بما فيه شيء مما يتخذ منها كالمصل
فيه الدقيق والفالوذج وفيه النشا واعلم ان السويق الذي اطلقه العلماء
ها هنا يكون على ضربين كما حكاه القاضي ابو الطيب احدهما يقلى وهو ان
يبل بالماء ثم ييبس حتى يجف ثم يقلى ويجرش والثاني مطبوخ وهو ان يطبخ
ثم يجفف ثم يقلى ويجرش ذلك غير ما نعهده في بلادنا منه واذا كان
كذلك فالمنع فيه ظاهر لدخول النار فيه **قال** ولا يباع دقيقه بدقيقه

اما ورنا فلما قررناه واما كيلا فلا يجعل بالتماثل في حال الاتصال وكان احدهما قد يكون اكثر فينبسط الحبات اكثر من الحشو وبخالف بيع الحنطة الصغيرة الحبة بالحنطة الكبيرة الحبة بان اجزا الحب ثم مجتمعة وحكى البويطي والمزني في المنثور وحرملة قولا انه يجوز بيع الحنطة بالدقيق كما يجوز بيع الدهن بالدهن وان امتنع بيعه بالسمسم فعلى هذا لا يجوز بيع ما يتحلل من القمح بما يتحلل منه وحكى الشيخ ابو حامد والعراقيون عن رواية حرملة انه يجوز بيع الخبز اليابس المدقوق بمثله لامكان كيله وادخاره ورواه الشيخ ابو عاصم العبادي وغيره عن رواية البويطي ايضا وحكاه ابن ابي هريرة عن رواية الماوردي وحكاه قال ولولاه مشهورا من قول اصحابنا لكان اغفاله اولى لمخالفته النص ومنافاته المذهب وبالجملة فقول جهناه عن حكاه الشيخ قال الامام اسوا ما في المذهب على انه عندي معدود من متن المذهب والما هو من نوادر حرت في الكلام وهو من جوع عنها وحكم السمسم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الادهان في طحنها وتحيينها مع تحيينها حكم الدقيق ولا الحنطة التي قشرها بالرفع [illegible] بعد البل حكم الدقيق ولا الامام فيها احتمالا **فرع** الحنطة المسوسة الحلوى الابيض القول بجواز بيعها بعضا ببعض قال الامام ولعل ذلك قبل ان يتناول ماء فاذا بلت وحكينا جواز بيعها نظر عندنا والقياس القطع بالمنع في الحنطة المقلية بمثلها والحنطة المبلولة بمثلها الماء في لامر التحالف في الحال الحكم في الحنطة المبلولة بعد الجفاف المنع ايضا **قال** ولا مطبوخه بمطبوخه في اللحم المشوي واللبن والقطارة وعسل القصب والعسل والسكر والفانيد وما يعقد النار اجزاه مثل عصير الرمان وعصير التفاح والسكر حل

للجمل بالمماثلة فان النار قد يؤثر في احدهما اكثر من الاخر اما ما دخلته النار للتمييز فلا يمتنع بيع بعضه ببعض كالذهب والفضة وكذا السمن وعسل النحل اذا ميز منه الشمع بالنار فظن بعض الاصحاب ان النار يعقد اجزاءه فيمتنع من بيع بعضه ببعض كما امتنع بعض الرب ببعض والذي عليه سائر الاصحاب الاول ولكن يشترط ان لا ينقص من اجزائه شيء فان نقص منع حتى لو اغلى العسل المصفى على النار امتنع بيعه ببعض وحكى العراقي وغيره من العراقيين في العسل والسكر والفانيد واللبا وجها انه يجوز بيع بعضه ببعض لان تاثير النار غاية [illegible] اهل البصر وهذا ما حكاه البندنيجي ظاهر المذهب في السكر وقال الماوردي السكر والفانيد ان الفي منهما دخول وغيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض والا فينظر ان ادخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز بيع بعضه ببعض وان ادخلت لاجتماع اجزائه وانعقادها فلا ولا الدبس للتمر والرب للفواكه فلا يجوز بيعها النوع بمثل الاخر **فرع** العسل المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض وذهب بعض اصحابنا الى انه ان صفي بها في البلاد المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفي بها في البلاد الشديدة الحر فانه يحلي ويلبس شيئا **قال** ولا مطبوخه بنيه الذي كسور النون وتخفيف الياء مهموز بمطبوخ **قال** ولا اصله بعصيره كبيع العنب والرطب والسمسم بالخل والتفاح والرمان بعصيره وكذا بيع اللبن بالمصل وجعل الرافعي المنع معللا بدخول النار فيه واختلاطه بالدقيق ويجوز بيع العصير بالعصير خلافا للقاضي الحسين ويجوز بيع خل العنب بعضه ببعض اذا لم يكن فيه ماء ولا يجوز بيع خل التمر بمثله وكذا خل الزبيب بمثله لان الماء اما ربوي او يجهل قدره منهما وهل يجوز بيع خل الزبيب بخل التمر فيه وجهان ان قلنا ان الماء ربوي امتنع والا فلا وهذا اذا قلنا ان الخلول اجناس اما اذا قلنا جنس واحد امتنع

ابو علي بن ابي هريره فقولا امتنع وجها واحدا ولا يجوز بيع اللحمه باللحمه ولا الاخر بيع حسب السرخ بمثله وجوز ابو علي بن ابي هريره بيع الكسب بالكسب وزنا ووجه المنع ان اصله الكيل وفيه ماء وملح ثم من قبل ما ذكرناه من بعد قاله الماوردي **قال** ولا خالصه بمشوبه اي مثل الدراهم الخالصه بالمغشوشه والحنطه السالمه من القصل والزوان بما فيه قصل او زوان والسمن بالزبد الذي فيه المخيض وكل ما لا يقصد المخالط فيه دون ما اذا كان المخالط مقصودا اسح على الخل بشمعه بمثله فان المنع منه ماخوذ من قاعده مد عجوه لا من هذه القاعده **تنبيه** المشوب بفتح الميم وضم الشين المخلوط بغيره **قال** ولا مشوبه بمشوبه اي مثل العلس في قشريه او قشره بمثله او بالحنطه والارز في قشريه بمثله دون ما اذا كان في قشره الاحمر على راي اكثر اصحابنا على ما حكاه الماوردي وجميع ما ذكرناه من قبل وفي الجبل عن البحران الصحيح جواز بيع الارز بالارز في قشرته العليا لان صلاحه فيها وهذا البلا في قشرته ويلتحق بهذا القسم بيع الزبد بالزبد اذ لا يخلو احدهما عن قليل مخيض وفيه وجه انه يجوز وبه قال ابن ابي هريره وهو اصح عند الماوردي كان ما فيه من بقايا اللبن يسير غير مقصود وهذا يلتفت على مذهبا اي التسمح حيث اعتبر فيه الكيل وال الرافعي وعلى الاول لا يجوز بيع الزبد بالسمن وهذا يتعين جواز بيعه به على الثاني وليس كذلك ومن هذا القسم دهن البنفسج والورد ودهن الزنبق وهو دهن الياسمين اذا طرح ذلك فيه بعد العصر اما اذا طبخ الحب به ثم ازيل عنه وعصر فلا اثر لذلك والحق ابو اسحق بهذا القسم المسرح بالسرج لما فيه من الماء والملح ورد الاصحاب عليه بان ذلك يخرج مع الكسب وكذلك الحق به بيع اللحم باللحم وبينهما العظم ووافقه على ذلك المعظم وقال الاصطخري ان ذلك

لايضر

٩٢

لا يضره النوى وهو ما حكاه الماوردي والقاضي ابو الطيب في تعليقه في بيع العسل بالعسل وعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب ولا ينظر الى تفاوت اقدار العظام كما لا ينظر الى تفاوت النوى والحق الماوردي باللحم الذي فيه العظم اللحم الذي عليه الجلد الرقيق كجلد الجدي والدجاج وحكى فيه الوجهين قال اما الجلد الغليظ الذي لا يؤكل معه فيمتنع بيعه باللحم وبيع السمك المملوح بمثله ممتنع وان كان من سمكه راحله **فرع** لو نزع النوى من التمر هل يجوز بيع بعضه ببعض فيه وجهان اصحهما المنع وهو ما حكاه الماوردي في مسله بيع العسل بالعسل والمشمس والخوخ منهم من الحقهما بالتمر فخرج فيهما ما سبق في منزوع النوى على الوجهين ومنهم من الحقهما باللحم فيجوز عند النزع واجرى الخلاف في صحه البيع مع البقاء **قال** ولا رطبه برطبه اي اذا كانت له حاله جفاف كالرطب بالرطب والبسر بالبسر والبلح بالبلح والعنب بالعنب والحصرم بالحصرم على وجه الارض والخبز بالخبز وجعل الغزالي المنع في الخبز مفرعا على منع العجوه لما فيه من الماء والملح ومقتضى ذلك انه لا يجوز بيع بعضه ببعض بعد جفافه ودقه كما حكيناه من قبل وهو ما نص عليه الشافعي في المرقه في شرح التلخيص للقفال لا بيع الرطب بالرطب ولا ما على وجه الارض يخرج على الخلاف فيما اذا كان على رؤوس النخل وقد الحق بعض الاصحاب بهذا القسم بيع اللحم الرطب باللحم الرطب وجعل حاله اذا قدد ومنع البيع قبلها وبعضهم حكى فيه قولين محلهما اذا لم يكن مملوحا اما الذي ليس له حاله جفاف مما ذكرنا فاللبن يجوز بيع بعضه ببعض في حال رطوبته ولا فرق فيه بين الحليب والذي تغير طعمه وحمض اذا لم يكن فيه ماء ولا بين ان

ولا بأس أن يكون أحدهما حليبا والآخر حامضا فإنه يجوز قال القاضي
أبو الطيب كما يجوز بيع تمر طيب بتمر غير طيب مثل حمض وحنطة
طيبة بحنطة غير طيبة لتغير طعمها أو عفنت وقال المتولي في منع
بيع الحامض بالحامض لأنه ليس على حالة الادخار ولا على حالة
كمال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق وإن كان كالرطب الذي لا
يتتمر والعنب الذي لا يجيء منه زبيب فهل يجوز بيع بعضه ببعض فيه
القولان اللذان يأتي ذكرهما في الخضراوات والمنصوص عليه
منهما في الأم قول المنع وبه جزم بعضهم واختار ابن سريج فيما حكاه
الماوردي الجواز وما يجفف على الندور كالخوخ والمشمش ونحوهما
هل يجوز بيع بعضه ببعض في حال الرطوبة فيه ثلاثة أوجه ثالثها المنع
رطبا وباليبس بالمنع أجاب القاضي أبو الطيب في الخوخ في حال
الرطوبة وهو الأصح في الجميع عند غيره قال الإمام ولم يجوز أحد من
الأئمة بيعه رطبا ببيعه منه جافا نعم حكى ذلك في الرطب الذي إذا
جفف لم يتوقع فيه انتفاع يحتفل به فيجتمع منه أربعة أوجه هذا والأوجه
الثلاثة المنقولة في المشمش والخوخ **فرع** الخبز إذا يبس هل
يجوز بيع بعضه ببعض فيه قولان أحدهما رواه حرملة أنه يجوز وزنا
وبه قال أبو إسحاق والثاني رواه الربيع وهو الصحيح أنه لا يجوز
واختلف في تعليله فقال ابن سريج لأن أصله الكيل وهو فيه متعذر
وقال غيره لأن فيه النجة وعلى قول ابن سريج لو دق حتى أمكن كيله يجوز
وعلى قول غيره لا يجوز قاله في الحاوي **قال** ولا رطبة بيابسة كبيع
الرطب أو البسر أو البلح بالتمر والعنب أو الحصرم بالزبيب وقد
استدل لذلك بما روى الدارقطني بسنده عن ابن عمر نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع الرطب باليابس وفي سنده موسى وهو ضعيف ورجل جامع

يتمر

قولان

والذي رواه مسلم

والذي رواه مسلم والبخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع
الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا جف فقيل نعم قال فلا إذا
وفي تعليق القاضي الحسين حكاية خلاف فيما إذا باع الرطب على
الأرض بالتمر وفي الحاوي أن بيع الطلع بالتمر هل يجوز فيه ثلاثة
أوجه أصحها ثالثها وهو الجواز بطلع الفحال دون طلع الإناث
قال إلا في العرايا وهو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض
والعنب في الكرم بالزبيب على وجه الأرض فيما دون خمسة أوسق خرصا
العرايا جمع عرية والعرية في اللغة ما أفرد من جملته وتميز عن غيره وسمي
ساحل البحر العراء لأنه قد خلا من النبات وتميز عن غيره من الأرض
فكأن العرايا في الكرم والنخل أن يفردها سواءها بالبيع أو الهبة أو الأكل
حتى تصير متميزا من الجملة وهي فعيلة بمعنى فاعلة وقيل بمعنى مفعولة
والمراد بها عندنا ما ذكره والأصل في جواز ذلك ما روى مسلم
عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها دون
خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وذلك يشمل الرطب والعنب ويدل على جوازه
فيهما أيضا ما روي عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا
والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب وهذا قول البصريين من أصحابنا
وذهب ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين إلى أن النص ورد في النخل
والكرم مقيس عليه وقد يستدل لهم بما روى الترمذي عن زيد بن ثابت أن
رجالا محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن الرطب
يأتي ورخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر
الذي كان بأيديهم وعلى هذا بعض إشكال في قوله لأن مسلما روى عن
ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع ثمر النخل
بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل ثمر بخرصه وهذا نص

لنا القياس في الرخص لا يجوز **قال** وفي خمسة اوسق قولان احدهما القولين
انه لا يجوز وهو المنصوص عليه في الام والاظهر عند الغزالي والماوردي
والشافعي فيما روى عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة
بيع الثمر بالتمر الا انه ارخص في العرايا وهذا الاطلاق يقتضي تعميم
الجواز لكنه خص فيما دون الخمسة اوسق بالاتفاق فبقي على اطلاقه فيما
عداه وفي الجيلي حكاية وجه فيما زاد على خمسة اوسق انه يجوز والثاني
وهو المنصوص عليه في الصرف والاظهر عند الجمهور انه لا يجوز لما روى
ابو سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا صدقة في العرية والخمسة نصاب
يجب فيها الصدقة فلم يجز ان يكون من جملة العرية كذا استدل الماوردي
ولان النهي عن المزابنة معلوم محقق والرخصة في قدر خمسة اوسق مشكوك
فيها من رواية داود بن الحصين الراوي عن ابي هريرة فرجعنا الى الاصل وفي تعليق
القاضي الحسين ان الشيخ ابا زيد قال القولان في الخمسة اوسق حقيقتهما ان
تحريم المزابنة والنهي ورد اولا واستقر ثم وردت رخصة العرية او
وردا معا ومن معا وكان فيه احتمال ان احدهما وهو الاظهر ان يكون ورد
النهي اولا واستقر التحريم ثم وردت رخصة العرية وفيه تعليق القول فيه
شك الراوي فعلى هذا لا يجوز البيع للشك في الرخصة وتيقن التحريم
والثاني ان يكونا وردا معا فعلى هذا لا يجوز البيع للشك في ورود التحريم
وهذا اذا ورد عليهما العقد مع واحد فان عقدهما مع رجلين فهو فيما دون
الخمسة والجواز فيها فوق الخمسة وفي القصير القولان ولو اشترى الواحد
من رجلين اكثر من خمسة اوسق في عقد واحد اقل من عشرة ففيه وجهان
احدهما الجواز لان ذلك في حكم عقدين فيصير كما لو اشترى من كل منهما
في عقد دون خمسة اوسق فانه لا نزاع في جوازه وهذا هو الاصح ولم
يحك الماوردي سواه والثاني وهو اختيار صاحب التلخيص المنع

الى العرية داخل في ملكه في الوقت الواجب اكثر من خمسة اوسق
تنبيه اطلاق الشيخ جواز بيع العرايا من غير ان يفرق بين الغني
والفقير يقتضي انه لا فرق بينهما وهو المذهب لاطلاق الخبر وفي
الغني قول ذكره في الاملاء واحد قولي الحديث واختيار المزني انه لا
يجوز له لخبر زيد بن ثابت الاول قال اهل حكمه شكوا اليه انه لا يعم
المحتاج دائم الاكل والاضطجاع من الطواف وغيرها والمراد بالخمسة
اوسق ان يكون الرطب المبيع اذا اجتف بلغ خمسة اوسق او ان يكون
مع ذلك رطوبته خمسة اوسق قال الماوردي وهي في التحريم صحيح احتمالا لانه
قائم مقام الكيل والحمل بحرمة واحدة قال وهذا كخلافه في الزكاة على
احد الوجهين فانه لا بد من التثبت بالطلاق الاية مادون خمسة اوسق
يشعر بانه يكفي بانه نقص ما ينطلق عليه الاسم ويؤيده قول الماوردي انه
يكفي نقصان بعض مد **قلت** ولا يبعد ان يخرج هذا على ان الخمسة
اوسق في الزكاة تحديد ام تقريب وفي ذلك خلاف فان قلنا انها تحديد
كفى في النقص عنها ما ينطلق عليه الاسم وان قلنا انها تقريب فلا بد
حتى يخلو عن الواقعين انه لا يضر نقصان خمسة ارطال وعلى هذا
فيشبه ان يكون النقص اكثر من خمسة ارطال خصوصا اذا عللنا
بحديث ابي سعيد والله اعلم ولا يخفى ان اشتراط التقابض شرط في
هذا العقد وهو في الرطب وصول الرطب عليه وفي النخل
التخلية وقول الشيخ الاتي في العرايا وهو بيع الرطب على رؤوس
النخل مما يشبه فانه جزم بتحريم بيع الرطب بالبسر الا في
العرايا وفسرها بما ذكر وذلك يقتضي عدم جواز بيع ما سوى
الرطب وليس كذلك بل يلحق البسر الذي بدا صلاحه في هذا المعنى
حكم الرطب صرح به الماوردي وكذا يجوز بيع الرطب على الارض

بالتمر بناء على أن الخرص أصل فجاء [illegible] حكاه الإمام وهذا ما حكاه عنه
[illegible] الشيخ [illegible] الفقه اقتصارا على ورود النص فحكاه
الإمام أيضا وادعى المحاملي نفي الخلاف فيه واعلم أنه لا بد مع ما
ذكرناه من [illegible] ما قلنا إذا باع ما تعلق الفعل به [illegible]
كتاب الزكاة **فروع** بيع الرطب على رءوس النخل أو في الأرض بالرطب
على رءوس النخل هل يجوز فيه أربعة أوجه أحدها وهو الذي قال الماوردي
إنه منصوص الشافعي وبه قال أبو سعيد الإصطخري أنه لا يجوز والثاني وبه قال
أبو علي بن خيران أنه يجوز لأن الرطب الذي على رءوس النخل يخرص والذي
على وجه الأرض يكال والثالث وبه قال أبو إسحاق المروزي إن اختلف النوعان
جاز وإلا فلا وحكى الماوردي وأبو حامد عنه أنه لا يصح بيع رطب على رءوس
النخل برطب على الأرض وأما بيع رطب على رءوس النخل برطب على رءوس النخل
فإن كانا نوعا واحدا لم يجز وإن كانا نوعين جاز والرابع وبه قال أبو علي بن
أبي هريرة يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على رءوس النخل ولا يجوز بيعه
بما على وجه الأرض أيضا إذا كان من نوع واحد والجواز إذا كان من نوعين
[illegible] إذا جف الرطب المبيع وظهرت زيادة [illegible] الخرص نظر
إن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر فالعقد باطل وفيه
وجه أنه يصح في الكثير بقدر القليل وللمشتري الخيار الفرع الثالث
إذا باع ما هو [illegible] خمسة أوسق بطل العقد قال الماوردي وإن قيل فهلا أبطلتم
فيما زاد على الخمسة وجوزتم في الخمسة أي بناء على تفريق الصفقة قيل لأنه
بالزيادة على الخمسة صار مزابنة والمزابنة كلها فاسدة **قال** وفيما سوى
الرطب والعنب من الثمار التي تجفف كالمشمش والخوخ ونحوهما إذا منعنا
بيع الرطب بالرطب قولان أصحهما وهو الذي [illegible] الماوردي أنه مذهب [illegible]
أنه لا يجوز لأنها [illegible] بالأوراق فلا [illegible] الخرص [illegible]

النخل

وثمرة النخل والكرم مثل [illegible] والقول الثاني هو ما أخذ من
قول الشافعي في [illegible] الكبير [illegible] ولو قال قائل بالجواز فيه كان
مذهبا أنه يجوز بالقياس على الكرم والنخل قال الماوردي وامتنع
بعضهم من تخريج القولين لمباينتها النخل والكرم بما ذكرناه في وجوب
الزكاة وبحصول الاقتيات **قال** وما حرم فيه الربا لا يباع الجنس
الواحد بعضه ببعض ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة كمد عجوة
ودرهم بمدي عجوة والأصل في ذلك [illegible] هذه القاعدة ما روى مسلم عن
فضالة بن عبيد أنه قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر بقلادة فيها
خرز وذهب ابتاعها رجل بسبعة دنانير أو بتسعة فقال صلى الله عليه وسلم
لا حتى تميز [illegible] فقال إنما أردت الحجارة فقال صلى الله عليه وسلم
لا حتى تميز بينهما قال فضالة فرده حتى ميز بينهما وعنه قال اشتريت قلادة
يوم خيبر باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر
من اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لا تباع حتى تفصل زاد
الدارقطني فقال إنما أردت الحجارة فقال لا حتى تميز بينهما وفي رواية أبي داود
إنما أردت الحجارة [illegible] حتى ميز بينهما [illegible] حديث فضالة
فضالة بألفاظ مختلفة وما ذكرناه أولا هو عين المسألة والمعنى
فيه أن قضية العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على مالين مختلفين
توزيع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة يشهد لذلك مسألة
الشقص والسيف [illegible] أحد العبدين قبل القبض ورد بالعيب وبيعه
مرابحة وإذا كان [illegible] التفاضل أو الجهل بالتماثل وكل
منهما مانع من صحة العقد ومثال ذلك أن المد الذي مع الدرهم إذا ساوى
[illegible] درهمين مثلا [illegible] ثلثي ما في هذا الطرف [illegible] ثلثا المد

من الطرف الاخر فيصير كانه باع مدا بمد وثلث وكذلك اذا كانت
قيمته بصفته مثلا فيقابل ما في هذا الطرف فيقابله ثلثا المدين من
الطرف الاخر فيكون كانه قابل مدا بثلثي مد وفي هذه الصور تحصلت
المفاضلة واذا كانت قيمته درهما فلا مفاضلة لان مقابله مثل الطرف
الاخر مثلا لكن التقويم حدس وتخمين قد يكون صوابا وقد يكون خطاء
وذلك هو الجهل بالمماثلة المحذورة في مال الربا فانه يراعى فيها التحقيق
وهذه الحالة كلام الشيخ يفهم الصحة فيها ولم اعثر فيه على نقل ثم وقفت
ثم هذه الطريقة مطردة فيما اذا باع مدا ودرهما بدرهمين لكن التفاصل
او الجهل بالمماثل يجي من طرف الدراهم وفيما اذا باع صاع حنطة وصاع
شعير بصاعين من حنطة او من شعير وفيما اذا باع مد عجوة وثوبا بمدي
عجوة وعرض الروضة اذا باع مد عجوة ودرهما بمد عجوة ودرهم فان قيمة المدين
متى كانت متفاوتة حصل التفاضل ومتى كانت متساوية حصل الجهل
بالمماثلة على النحو الذي ذكرناه لان غاية الامر ان يكون المدان من
نخلة واحدة والدرهمان من سكة واحدة وذلك يختلف ايضا وذهب بعض
اصحابنا الى ان المدين اذا كانا من نخلة واحدة والدرهمين من سكة واحدة
انه يجوز واليه ذهب القاضي ابو الطيب الطبري في تعليقه وحكي عن القاضي
الحسين ايضا وقال الروياني في البحر انه المذهب وغلط من قال غيره
وقد يفهم ان عبارة الشيخ تقوله يخالفه في القيمة فان مقتضاه ان صورة
الكتاب ان الاجداد اذا كانت من نخلة واحدة ان العقد يصح وانها اذا
تاملت ما ذكرناه علمت ان هذا ليس مقتضاه وحكي المتولي في مسئلة الكتاب
ان العقد يبطل في المد المضموم الى الدرهم وما يقابله من المدين وفي
الدرهم وما يقابله من المدين قولا تفريق الصفقة وعلى قياس هذا فيما لو باعهما

بدرهمين يبطل العقد في الدرهم وما يقابله من الدرهمين وفي المد وما
يقابله من الدرهمين القولان فان قيل في اصل المسئلة ما ابداه الامام هو
اعتراضا العقد لا يقتضي في وضعه توزيعا مفصلا بل مقتضاه
مقابلة الجملة بالجملة او مقابلة الجزء الشائع مما في احد الشقين بمثله مما
في الشق الاخر مثال بثلث مد وثلث درهم يقابل ثلثا المدين ولا ضرورة
الى تكلف توزيع يودي الى التفاضل وانما يصار الى التوزيع المفصل في
مسئلة الشفعة لضرورة الشفعة فالوجه التعليل بعدم تحقق المماثلة
فانا نعتبرها بالمماثلة تحقيقا قيل في جوابه الشيخ قد ثبت ان التوزيع
المفصل في مسئلة الشفعة ثابت للضرورة ولو ان العقد كان
ضم السيف الى الشقص من الاسباب الرافعة لها فانها قد تندفع باسباب
وعوارض ايضا فانه لا ضرورة في مسئلة المرابحة وقد جاز توزيع الثمن
عليهما بالقيمة **تنبيه** العجوة نوع من التمر قال الجوهري هو اجود تمر
المدينة ونخلها يسمى لينة وقال الازهري والصيحاني الذي يحمل من المدينة
من العجوة واعلم ان عبارة الغزالي في ضبط هذه القاعدة قد توقفت فيه
من حيث انه قال ان الصفقة مهما اشتملت على مال الربا من الجانبين
واختلف الجنس من الجانبين او من احدهما فالعقد باطل وليس كذلك
فان الصفقة اذا اشتملت على ذهب وفضة في جانب وحنطة وشعير
في جانب او على حنطة وشعير في جانب وتمر في جانب او تمر وملح كان ذلك
جائزا وطريق الجواب عنه انه اراد مال ربا الفضل لقرينة السياق **قال**
ولا يباع نوعان مختلفا القيمة من جنس بنوع واحد منه مثل القيمة
هدينار قاساني ودينار سابوري بقاسانيين او سابوريين وكدرهم
صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين او بدينارين قراضة لما قدمناه من
مقتضى التوزيع فانه يقتضي في هذين المثالين ولا نظر لاختلاف النوع والصفة

الى تحقق المفاضلة وقال البيان والامانة
كما لو وجه عن بعض اصحابنا موافق لمذهب احمد
انه يجوز في هذين المثالين في الكل

حاوي التبر والمصوغ والحسن بالرديء ووافقها صاحب التهذيب مع
الصحاح والمكسر بالصحاح او المكسر وجعل صاحب الصحاح مسامحا بصفة
الصحة استدلالا لان الناس لم يزالوا يتبايعون الدراهم بالدراهم والدنانير
بالدنانير وهي تشتمل على الصحاح والمكسرة واختلاف الانواع ولم يتكلفوا
التمييز بعضها عن بعض واحرى الصور الى الخلاف فيها اذا باع صحاحا
ومكسرة بمثلها بان باع دينارا صحيحا ودينارا مكسورا وفيما اذا باع دينارا جيدا وآخر رديئا
بجيدين وفيما اذا باع صحيحا ومكسرا بصحاحين او بمكسرين او بصحاح
ومكسر في المذهب الاول ومن هذا القبيل مسئلة المراطلة وهي اذا باع مائة
دينار عتق ومائة دينار رديء بمائتي دينار وسط فانه لا يصح العقد كما
نص عليه الشافعي في الام وقياسه بعض القطع بصحة العقد والمراد اهل
من الائمة يشير الى الخلاف فيها او هو راي رآه وهو خارج عن مذهب
الشافعي واصحابه وصاحب التهذيب حيث جعل صفة الصحة مسامحا بها احترز
عن هذه المسئلة لان معنى المسامحة لا يتحقق فيها لمقابلة الجيد والردي
بالوسط واذا لم يتحقق اقتضى العقد من الشقين طلب المغابنة وهو يقتضي
التوزيع المفضي الى التفاضل لا محالة والى هذا المعنى اشار الغزالي بقوله
وذكر امام الحرمين تخالف المذهب في مسئلة المراطلة وبطل التعليل
بالتوزيع اي فيها وفي غيرها وتعليل بالجهل بالمماثلة وذلك يجري عند اختلاف
الجنس اي التعليل بالجهل بالمماثلة اما في هذه المسئلة فلا لان المماثلة
معلومة **تتمة** يتمسك الشيخ المسئلة باختلاف القيمة في النوعين وذلك
ابن الصباغ يظهر منه ان النوعين لو اتفقت قيمتهما صح العقد وقد يظن انه
يستمد مما ذكرناه اولا عن الحنفي اي الطبري فانه جعل وجه الصحة
لكونه علم القيمة قبل العقد وذلك بعينه موجود هنا وانه يظهر ان
يجيء فيه قول بعدم الصحة ايضا بل من طريق الاولى لان نظر العلة

واحد

واحد والسكة واحدة وهنا النوعان مختلفان وان استوت
قيمتهما في جنس ومنه ما ذكرته ويعتضد التنوع الاخير بكونه
متفق القيمة لدفع توهم بعض من كونه قيد النوعين بالاختلاف
والا فلا فرق بين ان يكونا متفقي القيمة او مختلفيها **اخر**
القاساني والسابوري بسينين مهملتين فيهما منسوبان الى بلدين
في العجم وقاسان في لسان العجم كاشان وهو قريب من سمرقند
والسابور بها معروف ويقال في لسان العجم نيسابور وقوله القراضة
بضم القاف قطع الذهب والفضة وقوله قراضة منصوب
فروع لو باع صاعا من رديء وجيد وكانا مخلوطين بمثله او
بجيد او رديء جاز لان التوزيع انما يكون عند تميز احد العوضين عن
الآخر اما اذا لم يتميز فهو كما لو باع صاعا وسطا بجيد او رديء قاله
الرافعي ولو ميز الصغار من الكبار من نوع واحد من التمر فباع صاعا
من الصغار وصاعا من الكبار بصاع من الكبار وصاع من الصغار كان
جاز كما لو باع مد عجوة ودرهما بمد عجوة ودرهم والدرهمان من سكة واحدة
والمدان من نخلة واحدة واذا لم يميز بين الصغار والكبار ولكن اراد
ان يبيع صاعين بصاعين فلا اشكال انه قد اشتمل كل عوض على
الصغار والكبار وقد اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال اذا كان بين
احاد العوضين تفاوت لا يصح العقد وان لم يكن متميزا وهذا اختيار
القاضي الحسين ومنهم من قال ينظر في ذلك فان كانت الصغار تظهر
فيما بين الكبار بحيث يتبين ذلك للناظر من غير تامل فلا يصح
العقد وان لم يكن ظاهرا صح وصار كما لو باع ارضا وفيها معدن
ذهب بذهب ان كان المعدن ظاهرا لم يصح وان كان غير ظاهر صح
ويظهر فائدة الاختلاف في الاصل فيما لو باع صاعين بدرهمين ع

خرج احد الصاعين مستحقا انه لا يستحق درهما بازايه وانما يسترد
ما يقابله باعتبار القيمه هذا حكاه ابن التلمساني في شرحه وفي
المهذب حكايه وجه فيما اذا لم يصر في الاصل جعل كذهب وقلنا بعها
بالذهب انه لا يصح كما لو باع بقره بلبن بقره وكانت البقره لبونا فانه
لا يصح اذا باع دارا مموهه بالذهب بالذهب فان كان يحصل منه شي
بالعرض على النار حرم والا فيجوز **قال** ولا يجوز بيع اللبن اي لبن شاه
او ما يعمل منه بشاه في ضرعها لبن اي مقصود لان اللبن ياخذ قسطا
من الثمن بدليل انه صلى الله عليه وسلم اوجب في مقابلته في المصراه عند الرد
صاعا من التمر واذا اخذ قسطا من الثمن كان من صور مد عجوه وفي
الجيلي حكايه وجه انه يجوز وعلى ان يكون ما اخذه ما حكاه الغزالي في
المصراه ان اللبن في الضرع لا يقابله قسط من الثمن على راي اما
اذا كان اللبن لبن بقر فمثله فان قلنا ان الالبان جنس واحد
فكذلك وان قلنا انها اجناس وهو تفريعا على المذهب فيتخرج على قولي
تفريق الصفقه في الحكم لان ما يقابل اللبن الذي في الضرع من اللبن
الذي في الاناء يشترط فيه التقابض وما يقابل الشاه من اللبن
الذي في الاناء لا يشترط فيه التقابض ولو باع حلوبه بشاه في ضرعها
لبن بشاه في ضرعها لبن لم يصح خلافا لابي الطيب بن سلمه فانه جوز
ذلك كما في بيع السمسم بالسمسم وسلم الحكم في بيع اللبن بالشاه
وشبهه ببيع الدهن بالسمسم وفي الوسيط نسبه المنع في بيع
الشاه وفي ضرعها لبن بمثلها الى ابي الطيب بن سلمه والصحيح عنه ما
حكيناه كما هو في البسيط والتتمه وغيرها ولو باع دارا فيها
بير ماء وفيه الما بمثلها ان قلنا انه يملك في البير كما يملك اذا
وضع في الاناء كما ذهب اليه بعض اصحابنا على ما حكاه الماوردي

وهو المنصوص

وهو المنصوص في القديم وحرمله كما حكاه غيره واذا خلا الما في
العقد وكان معلوما لما وله قيمه فان قلنا ان الما غير ربوي صح
العقد وان قلنا انه ربوي فيه لم يجز قال الماوردي الا ان
يكون ملحا فيجوز لان الما الملح غير مشروب ولا ربا فيه وفي الشامل
حكايه خلاف لابي الطيب بن سلمه فيه وهو ما جزم به البغوي وجعله تبعا
للدار وهذا يدل على انه يندرج في مطلق البيع وقد صرح به الغزالي
وجها كالثمار على الموبر واختاره ابن ابي عصرون اما اذا لم يدخل
الما في العقد فهو باق على ملك البايع اذا اشار فيه قاله الشيخ
والمتولي وعلى هذا لا يصح العقد لاختلاط المبيع بغيره واذا قلنا انه
لا يملك الا بالاخذ والاحراز وانما له حق منع الغير من التصرف فيه كما
ذهب اليه جمهور الاصحاب وهو ظاهر مذهب الشافعي في الحاوي
فعلى هذا الحق قد انتقل الى المشتري والعقد صحيح **فرع** لو باع
دجاجه في بطنها بيض ببيض فان قلنا ان الحمل لا يقابله قسط من
الثمن لم يصح لان بيع البيض بالبيض لا يصح على الجديد قاله الماوردي
والموجود في تعليق ابي الطيب الجزم بعدم الصحه من غير بنا **قال** ولا
يجوز بيع اللحم بالحيوان ما كول اي سوا كان من جنس اللحم او لا من جنسه
خلافا للمزني لنا ما روى ابو داود عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع اللحم بالحيوان وهو عام يشمل ما هو من جنسه وغير جنسه
فان قيل هذا مرسل لا حجه فيه قيل قد اسنده الترمذي
من روايه ابن عمر لكن لفظه نهى عن بيع الحيوان باللحم على ان الشافعي
في القديم الاستدلال بالمرسل لانه قيل انه لم يرسل حديثا قط الا
وجد من طريق غيره مسندا ولان رجاله الذين اخذ عنهم هم
اكابر الصحابه وليس فيهم الذي ياخذ عن مجهول ولانها سيرت

فكانت ماخوذة عن ابي هريرة وكان يرسلها لما عرف الناس
من الانس بينهما والوصلة فان سعيدا كان صهر ابي هريرة على
ابنته فصار ارساله كاسناده عن ابي هريرة والحديث سوى
بين مراسيله ومراسيل غيره في عدم الاستدلال بها الا ان
يوافقها احد سبعة اشيا اما قياس او قول صحابي او فعله واما
ان يكون قول الاكثرين واما ان ينتشر في الناس من غير دافع له
واما ان يعمل به اهل العصر واما ان لا يوجد دلالة سواه وقد اتصل
بهذا الخبر الاثر وهو ما روي ان ابن عباس ان جزورا نحرت على عهد ابي بكر
فجا رجل بعناق فقال اعطوني جزءا بهذه العناق فقال ابو بكر لا
يصلح هذا وكان قول ابي بكر مع انتشاره في الناس وعدم معارض له
والقياس فانه نوع فيه ربا بيع باصله الذي فيه مثله فوجب ان لا
يجوز كما اذا باع شيرجا بسمسم والزيت بالزيتون والشيرج والزيت مثل
ما في السمسم والزيتون او اقل منه وحكى القاضي ابو الطيب والعبدري
اما اذا قلنا ان اللحمان اجناس فباع لحم البقر بشاة جاز
على قول رجحه الامام [illegible] والصحيح الاول ورجحه المحاملي بانه
لا خلاف في ان الحيوان اجناس وانما الخلاف فيها اذا قلنا صارت
لحما شملها اسم اللحم وبه جزم البغوي والحاوي والمحاملي
وحكى الماوردي في جواز بيع اللحم بالسمك الحي وجهين ووجه الجواز
ان في السمك من حيث ميتة بخلاف الحيوان قال القاضي ابو الطيب
ان قلنا ان السمك من جنس ساير اللحم لم يجز والا فقولان
قال ومن بيعه بحيوان غير ماكول قولان اي كالعبد والحمار ونحوهما
قولان احدهما الاصح ايضا والمنصوص عليه في الام والجديد انه لا يجوز
لعموم الخبر قال الماوردي وبه قال اصحابنا من زعم ان

دليل المسألة

دليل المسألة اتباع السنة والثاني انه يجوز واختاره ابن
ابي عصرون لانه حيوان ليس فيه لحم ماكول فلم يكن من باب
بيع الشي باصله قال الماوردي وبهذا قال من اصحابنا من زعم
ان دليل المسألة اتباع القياس وعلى الماخذين يخرج ما لو باع
الشحم او الالية او الكبد بالحيوان فمن راى اتباع السنة جوز
ومن راعى القياس منع وعلى الوجهين يجوز بيع الحيوان بالجلد
والعظم لان الجلد والعظم مما لا ربا فيه بخلاف اللحم وكذا بيع
البيض بالدجاج واللبن بالحيوان واجرى الرافعي الخلاف في
بيع الجلد بالحيوان اذا لم يكن مدبوغا **فروع** تتعلق بالباب
اذا كان بين شخصين من مال الربا ما يحرم بيع بعضه ببعض واراد
قسمته فذلك ينبني على ان القسمة افراز حق او بيع فعلى الاول
يجوز وعلى الثاني وهو المشهور لا يجوز قسمته ولكن الطريق في
انفصال الشركة ان كان لاحد الشخصين متميز بين ان يبيع احدهما
حصته من احد الجنسين على اخر بدينار ويبتاع منه الاخر من
الحصة الاخرى بدينار فيصير لكل منهما حصة كاملة ولكل منهما
على الاخر دينار فيتقاصان ويكون هذا بيعا يجري عليه جميع احكام
البيع المتتابعة وان كان مما لا يحرم بيع بعضه ببعض فان قلنا ان
القسمة بيع روعي في ذلك شرائط المبيع الا انه لا يشترط في القبض
التحويل والفرق ان المبيع مضمون على بائعه باليد فاعتبر في قبضه
التحويل لينقطع اليد فيسقط الضمان وليس في القسمة ضمان يسقط
بالقبض وانما فيه تسويغه للاجارة فلم [illegible] ذلك [illegible] فيما
ليس بالبيع الاختيار المجلس فانه لا يثبت ومن طريق الاولى خيار
الشرط لان ذلك شرع لدفع الغبينة ولا غبينة وان قلنا انها

انما افرازحق جاز لهما ان يقتسما كل جنس بينهما اقتساما اجباراً
وزنا وجزافا وان كان ذلك مما يختلف اجزاؤه فلاحدهما ان ينفرد باخذ
شي حصته وان كان مما يتماثل اجزاؤه كالحبوب والادهان جاز
ان ينفرد احدهما باخذ حصته باذن شريكه وهل يجوز من غير اذنه فيه
وجهان وجه الجواز انه لو استاذنه لم يكن له ان يمنعه فجاز اذا
استوفى بلا حقه ان لا يستاذنه قاله الماوردي في الشامل وانا اذا
قلنا القسمة بيع واقتسم الشريكان بانفسهما ثبت فيهما الخيار ان
قلنا اذا كان فيها رد وحكى الغزالي في ثبوت خيار المجلس عند عدم الرد
وجهين وان خيار الشرط لا يثبت على الاصح كما تقدم فيه التقابض اذا
اشترى احدهما مما وجب له منه شيئا اخر في المجلس قبل قبضه لم يصح
وان قبض من صاحبه ذلك على وجه القرض ثم وفاها له في الثمن
في المجلس ففيه خلاف ينبني على ان القرض متى يملك فان قيل بالتصرف
فلا يصح ها هنا ولو قبض كل واحد منهما ما وجب له وقبضه ثم اودعه
الاخر قبل التفرق جاز ولم يبطل العقد صرح بمثله الرافعي في راس
مال السلم ولو ابرا احدهما صاحبه عما له عليه قبل التفرق كانت البراءة
باطلة لان البراءة انما تستحق بملكه عليه قاله الماوردي ولو كان العقد
ورد على معين ثم وهبه منه فان كان قبل قبضه لم يصح وان كان بعده فوجهان

باب بيع الاصول والثمار

عنى بالاصول الارضين والاشجار
والثمار قال الجوهري واحد الثمار والثمر ثمرة وجمع الثمار ثمر
مثل جبال وجبل وجمع الثمار ثمر مثل كتاب وكتب وجمع الثمر اثمار كعنق
واعناق **قال** اذا باع ارضا وفيها بناء او غراس دخل البناء
والغراس في البيع لانهما من التابعات فيها التي تراد للبقاء فلحقها
كالحقوق والشفعة ولان البناء يجري مجرى اجزاء الارض وهذا نصه ها هنا

وبه قال ابو اسحق وابو علي بن ابي هريرة وجمهور اصحابنا وصححه ابو الطيب
واختاره ابن ابي عصرون وقد نص في الرهن على انه لا يدخل فاختلف
فيه فالحق ابو العباس به البيع وجزم فيهما بعدم الدخول لان لفظ
الثمن الموجود في البيع وحمل النص على ما اذا قال بحقوقها الارض بحقوقها
وهذا ما صححه الامام والغزالي وطرده فيما اذا قال بحقوقها وهو
القياس لان ذلك ان كان من حقوقها اندرج عند الاطلاق وان لم
يكن من حقوقها فلا يبطل بذكر الحقوق وذهب ابو الطيب بن سلمة
وابن حفص الوكيل الى تخريج قولين في كل من المسئلتين الى الاخرى وحملها
على قولين للوفا ماخذ ذلك من الدليلين وهذا ما صححه الشاشي في طريقته
ومن جرى على ظاهر النص فرق بوجهين احدهما ان عقد البيع يزيل الملك
فجاز ان يكون ما اتصل بالمبيع تبعا له لقوته وعقد الرهن يضعف
عن ازالة الملك فلم يتبعه ما لم يسم لضعفه وهذا ما ضعفه ابن ابي
عصرون بان موجب الاطلاقات لا يختلف بقوة العقد وضعفه والثاني
انه لما كان ما يحدث في المبيع للمشتري جاز ان يكون ما اتصل به من قبل له ولما
كان ما يحدث في الرهن لا يدخل في الرهن اقتضى ان يكون ما تقدم الرهن
اولى ان لا يدخل فيه وعلى هذا ايضا يندرج في البيع ما كان متصلا بالارض
من اساس سواء كان من اجر او حجارة او تراب وهو امثال التراب التي تسمى
بالمعرجة والسواقي التي تشرب الارض منها وانهارها وعين
الماء التي فيها وهل يملك الماء الذي فيها فيه الخلاف والتفصيل ما
حكيناه في الباب قبله كذا حكاه الماوردي وفي الرافعي انه لا يدخل مسيل
الماء في بيع الارض وحكم المعدن الجاري حكم الماء وقيل ان الموجود
للبائع دون ما يحدث وحكم المعدن الجامد كمعدن الذهب والفضة
مملوك لمالك الارض فيندرج في البيع لانه من اجزائها وهل على ذلك

ب

الماء فيه ثلاثة اوجه حكاها الماوردي الثالث ان كان صغيرا
يمكن نقله صحيحا على حاله من غير ضرر بمنفصل لم يدخل والا دخل ولو كان
صهاريجا للماء دخل في البيع بيت الرحا وبناؤه واما الحجارة ففيها
ثلاثة اوجه حكاها الماوردي الثالث يدخل فيه الاسفل دون الاعلى
والخلاف في اندراج الاسفل اذا كان المبيع باسم الطاحون وهذا
الاعلى على الاظهر ولفظ الساحة والعرصة والبقعة فيما ذكرناه
كلفظ الارض والخلاف في انه اذا قال بعتك هذا الباغ او البستان
او الحائط دخل فيه الارض والحيطان والاشجار ومجاري الماء وان كان
فيها ابنية ففي الخلاف ولو قال بعتك هذا الكرم دخل العريش على الاصح
ولو قال بعتك هذه القرية دخل فيه الابنية والحصن الذي يحوطها وفيما
تحويه من الشجر الخلاف واختيار الامام والغزالي الدخول ولا تدخل المزارع
وفي النهاية انها تدخل ولو قال بحقوقها قال في المهذب والشامل دخلت
الاشجار دون المزارع وحكى ابن كج انها تدخل ولو قال بعتك هذه الدار
دخل فيها الارض والبناء والابواب المركبة والحلق والسلاسل المسمرة
والقفل وكذا المفتاح على الاصح وفي معناه كل منفصل لا يمكن الانتفاع
به الا بالمتصل كالدراريب وغطاء التنور وما لا يستغني السفينة
عنه مما هو منفصل اذا بيعت ويدخل الالواح المثبتة وان كانت من
الالواح وكذا حمام الدار ان كان لا يستقل دون الدار وان استقل فهو كـ
بيع الدار كالبناء في بيع الارض وما فيها من شجر هل يدخل فيه الخلاف
السابق في دخوله في بيع الارض وحكى الامام وجها ثالثا فارقا بين
ان يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستانا فلا يدخل وبين ان لا يكون
كذلك فيدخل وهذا اعدل عند الغزالي والساباط المتصل بالدار
على حائط من جذوعها هل يدخل في بيع الدار فيه ثلاثة اوجه ثالثها

مكلف

من جحح اي القياص ان كانت رووس الاجذاع من الطرفين مطروحة
على حائط لهذه الدار دخل في البيع وان كان من احد الطرفين لم يدخل
قال فان كان له حمل اي للغراس الداخل في البيع فاستدرك عن
النص ويكون هذا الحكم فيما وقع عليه العقد مستفادا من طريق الاولى
قال وان كان ثمرا يتشقق كالنخل والاسف الحجازي والبصري
الذي يسمى بسنين كثيرة قال او نورا يتفتح كالورد والياسمين فان
كان قد ظهر ذلك او بعضه اي ظهر ما في جوف الطلع منه والورد من
جامه والياسمين من الشجر اذ لا جام له قال فالجميع للبائع وان لم يظهر
منه شيء فهو للمشتري الاصل كون ثمر النخل اذا اشتقفت يكون للبائع
وان لم تشقق يكون للمشتري ما روى البخاري ومسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من باع نخلا بعد ان تؤبر فثمرها للبائع الا ان يشترطها المبتاع وقال
الترمذي حديث حسن صحيح وذلك يدل بمنطوقه على ان ما ابر يكون للبائع
وبمفهومه على ان ما لم يؤبر يكون للمشتري وايضا ان النص على التابير
اما ان يراد به التنبيه على غيره او التمييز عن غيره لا جائز ان يراد به
التنبيه لان حكم ما لم يؤبر اخفى من حكم ما قد ابر والتنبيه ما يقصد به
بيان الاخفى ليدل على حكم الاظهر فتعين ان المراد به التمييز عن غيره
وان الحكم مختص به وذلك يفيد ما ادعيناه ولانه نما يستحق في اصله
فوجب اذا لم يظهر ان يكون في البيع تبعا لاصله كالحمل في البطن واللبن
في الضرع ثم ان هذا التابير هو التلقيح ان يشق طلع الاناث ويوضع فيه
شيء من طلع الفحول ليشتد به الحبة ويقوى ولا يلحقه الفساد على ما
جرت به العادة وصحت فيه التجربة واتهم لا يفعلون ذلك الا عقيب
تشقق الطلوع في وقته سواء كان ذلك بنفسه او بفعل فاعل فلنا قد
يحصل ذلك عند الظهور من الرياح فاغنى عن الوضع فيه وايضا فان

شرطها

والتلقيح

الثمرة

التابير انما اعتبر لان الحكم الظهرية بالتشقق وقد يحصل هذا المعنى
فقام مقام التابير وانما جعل ما لم يتشقق تابعا لما تشقق وما لا اصل
فيه ايضا الحديث فانه صلى الله عليه وسلم لم يفصل بين ان يكون التابير في
جميعه او بعضه وان في اعتبار التابير في كل نخلة مشقة وفي تبعيض
الثمرة بين البايع والمشتري اختلاف وسوء مشاركة فجعل ما لم يوبر
تابعا لما ابر ودخوله في المنع لانه قد استقر في الشرع ان يكون الباطن
تبعا للظاهر دون العكس كما في اساس الحايط ورووس الاجذاع
فاذا ابرت ذلك في النخل فيقس ما في معناه والورد والياسمين وما في
معناهما على الجامع ما اسر ذوابه من الثمور والظهور وذكر
ابن الصباغ ان الشيخ ابا حامد ذكر ان الورد يكون للبايع وان لم
يتفتح وانه ظاهر كلام الشافعي قال والاول اقيس وفي التهذيب وفي
التتمة ان ما لم يظهر من الورد لا يتبع الظاهر وان كان على شجرة
واحدة لانه يومن فيه الاختلاط و[illegible] فانه يجمع اولا فاولا **فرع** لو ابر
بعض النخل واورد العقد على ما لم يؤبر نظر ان كانا من حايطين
لم يتبع الثمر للبايع وان كانا متجاورين لا انتفا المعنى المذكور
وهو الاختلاط وان كانا من حايط واحد فوجهان حكاهما الماوردي
وغيره اصحهما انه لا يتبع وفي الرافعي حكاية وجه انه يتبع في الحايطين
ايضا اذا قلنا انه يتبع في الحايط الواحد وهذا كله اذا اتحد ما لك
المجموع اما لو اختلف فالخلاف مرتب وانا اذا اتحد المالك واولى
بالبطلان حكاه الرافعي في بدو الصلاح **قال** وقيل ان يكون الثمار
للبايع بكل حال اي من الشقق الطلع ام لا قال الماوردي وهو الاصح
والفرق بينه وبين ثمرة الاناث ان طلع الاناث لا يدخل الا بعد
اباره وتناهيه بسرا او رطبا وطلع الفحال يوكل قبل اباره

ويكون حال

ويكون حال تناهيه طلعا **قال** وهو خلاف النص اي نص الشافعي في
وجه النص ما ذكرناه من مفهوم الحديث وغيره وما ذكر
في الفرق بين ان طلع الفحال حال تناهيه ان يكون طلعا ممنوع
لان المقصود من طلع الفحال الاكثر لتلقيح الاناث وذلك لم يوجد
بعد بعد وهو طلع الاناث **تنبيه** اطلاق الشيخ القول بان ما
لم يظهر تابع لما ظهر يعرفك انه لا فرق في ذلك بين ان يكون من
نوع واحد او نوعين وهو الصحيح في تعليق القاضي ابي الطيب والمهذب
في الحلية والتهذيب وخص ابو علي بن خيران ذلك بما اذا اتحد النوع وقال
عند اختلافه كل نوع معتبر بنفسه وانه لا فرق بين ان يكون الذي
ظهر طلع الاناث او طلع الفحال على النص اما اذا قلنا ان طلع الفحال
للبايع بكل حال فلا اثر لظهوره قبل الاناث ويكون طلع الاناث للمشتري
قاله القاضي ابو الطيب وفي الحاوي حكاية وجه انها ايضا تكون للبايع
وطرده فيما اذا ظهر طلع الفحال ولم يتشقق وقلنا انه للبايع ان طلع
الاناث تكون للبايع وان لم يتشقق وجعله الامام كالوجه المذكور في
استتباع النوع النوع والاصح في الحاوي الاول وانه لا فرق بين ان
يكون التابع قد طلع قبل العقد او بعده كما ذهب اليه الشيخ ابو حامد
متمسكا بانه لما كان ما لم يظهر تبعا لما قد ظهر حذرا من سوء المشاركة
وجب ان يكون ما لم يطلع تبعا لما قد طلع وهو الذي صححه الرافعي
وقال ابو علي بن ابي هريرة يشترط في التبعية ان يكون التابع قد طلع
قال الماوردي وهذا اصح والفرق ان ما لم يوجد يصح العقد عليه ويلزم
منه الشرط فلم يجعل تبعا كما في استثناء الحمل **اخر** لفظه
ابرت في الحديث قال الزهري يقال ابرت بالتخفيف والتشديد وقال
الجوهري التخفيف التوزيع النون قال الازهري على اي لون كان

وقليل النور ما كان ابيض والزهر ما كان اصفر والفحال اسم
الفاعل لمن يلقح النخل وجمعه فحاحيل قال الجمهور اهل
اللغة ولا يقال فحل وجوز جماعة منهم ان يقال فى المفرد فحل
وفى الجمع فحول وذلك الاستعمال ان قوى الكرابيسى وما حكاه الجوهري
انه لا يقال فحال فى غير النخل **فرعان** احدهما لو تلف الطلع فى يد
البائع سقط عن المشترى حصته من الثمن اذا اختار الامساك على
الصحيح من المذهب ان الطلع موجود حقيقة ويجوز بيعه على الصحيح
من المذهب خلافا لابى اسحق قال المتولى ومن اصحابنا من بناه على القولين
فى ان الحمل هل يقابله قسط من الثمن وليس بصحيح **الثانى** لو تشقق
طلع الفحال انظر ان كان فى ابانه معهودا لو تشقق بنفسه والا فلا اثر له
وحيث جعلنا يكون الطلع للبائع لتاييره يحرم الكمام للمشترى لانه يترك
على النخل حكاه الامام عن شيخه **قال** وان كان نخلا ما يزيده النور والعنب
او فى حال ابتداء الاخضرار الاكمال الراجح فهو للبائع اى اذا كان موجودا
حال العقد اما فى الاول فتشبيها بالرطب على انه ظاهر فكان كالطلع
المؤبر واما فى الاخر فتشبيها من المؤبر لان قشره ذلك حافظ لمنفعته
وبقاؤه عليه من مصلحته لانه اذا تشقق قشره فسد وكان القشر
بمنزلة بعض الثمرة فظهوره بمنزلة ظهور سائر الثمار الاشجار زيادة
المحاملى وفيه ما فيه ان الكلام فى الرمان اذا ظهر و الجلنار وهو الذى
يقتضيه القياس ويعضده ان الماوردى والمتولى حكاه بالمشمش
والخوخ ولو ظهر بعض ذلك بعد العقد لم يتبع الظاهر قاله البغوى
وقال المتولى هو النص بلا خلاف ويدل عليه ما سبق من كلام الشيخ
واعلم ان كلام الشيخ مصرح بان العنب لا نور عليه وانه ملحق بالتين وهو
ظاهر النص الذى سبق وقال الشيخ ابو حامد عندى ان له نورا

اسعد

فانه

كالرمان

منعقد وفى الحاوى انه نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما
يبدو اخضر منعقدا فالثانى ملحق بالتين والاول ملحق بالمشمش وعلى
ذلك ينبغى ان يحمل ظاهر النص وكلام الشيخ ابى حامد وقد الحق الشيخ
فى المهذب وغيره الرانج بالجوز وما فى معناه وهو مخالف لما ذكره هنا
قال الغزالى وغيره ووجه الجمع بين قوليه انه يخرج فى قشرين ويعلو
ينشق عنه الاعلى فيبقى فى قشر واحد يبدو كالرمان واذا لم ينشق
صار كالجوز وهذا الجواب فيه نظر لان الكلام فى حالة الاستتباع فى
حال انعقادها على الاشجار والمراد ان يكون الراجح فى حال انعقاده
على قشرين فوقه ينشق عنه الاعلى فيبقى فى قشر واحد يبدو كالرمان واذا
لم ينشق صار كالجوز وهذا الجواب فيه نظر لان الكلام فى هذه الاشياء
فى حال انعقادها على الاشجار والاولى ان يكون الراجح فى حال انعقاده على
قشرين كما اراد الدليل الاخر من الجواب ما حكاه النووى انه نوعان نوع
ذو قشر ونوع ذو قشرين وعليه يحمل كلامه فى المهذب **تنبيه** الكمام بكسر
الكاف اوعية طلع النخل والمراد به هنا اوعيته ما ذكره قال الجوهري
وواحد الكمام كم بكسر الكاف وكمامة والجمع كمام واكمة واكام والاكاميم
والرانج بكسر النون الجوز الهندى قال النووى ورايته فى نسخة من
المحكم مضبوطا بفتح النون والمشهور كسرها **قال** وان كان
غير ذى قشر كالجوز واللوز فظهور التين والرمان على المنصوص
اى فى الام فانه قال اذا باع ارضا فيها شجر رمان ولوز وجوز
ورانج وغيره مما دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى
اكله فهو فى معنى ما اخرج من ثمرته بارزة صرح بهذه الحكاية
المحاملى وهذا ما وعدنا بحكايته فى اول الباب ويعلم وجهه

ان ذلك الخارج من الشجر كالخارج السن وقشره لا يستحق عما ل
جوفه فالحق به قال وقيل هو كثمر النخل قبل التابير اي يكون
للمشتري لانه لا يترك في القشر الاعلى كالاتبرد الثمرة في الطلع
واعلم ان اطلاق الشيخ حكايته هذا القول يقتضي انه ان الثمرة
تكون للمشتري بكل حال سوا تشقق عنها القشر الاعلى او لم يتشقق
لانه الحقه بالثمرة قبل التابير وليس كذلك بل محله اذا لم تكن ثمره (القشر)
يتشقق عنه القشر الاعلى اما اذا تشقق عنه الاعلى فانه يكون
كالنخل بعد التابير وهو ما ذهب اليه الشيخ ابو حامد ومن في
طبقته وحملوا النص على ما اذا تشقق عنه القشر الاعلى ومن
الاسفل وقيل عليه انه قال دونه حايل لا يزال عنه الا عند وقت
الحاجة الى اكله وهذه صفة القشر الاسفل دون الاعلى ولم
يحك الماوردي في الجوز سوى هذا القول الحق الجوز واللوز
بالمشمش وقال القاضي ابو الطيب غلط من ذلك الشيخ ابو حامد لان
نزع قشره هذا عنه ليس من مصلحته اذا كان على روس الشجر
لانه يفسد الرمان الذي ليس عليه صلاحه وكلام الشيخ يرشد (لعله ليس)
الى المنصوص ماخذ بحاله لانه قال وان كان ثمره في قشرين وهو يجعل
القشر لا يكون في قشرين بل في قشر واحد قال وان كان ثمر يخرج
في نوره ثم يتناثر عنه النور كالمشمش والتفاح فهو كثمر النخل
ان ظهر ذلك او بعضه اي من نوره فهو للبائع وان لم يظهر فهو
فهو للمشتري اي وان انعقد لان استتارها بالنور كاستتارها
بقشر الطلع وتناثر النور عنه كالتشقق في الطلع وهذا ما
نص عليه في البويطي والصرف واختاره ابو اسحق والروياني وساير
الاصحاب كما حكاه المحاملي قال وقيل انه للبائع في الحالين اي

اي حال الحوز النور عليه وحال تناثره عنه وهذا ما حكاه
المحاملي في المجموع عن تخريج الشيخ ابي حامد وانه الذي يجي على المذهب
متمسكا فيه بقول الشافعي حيث خرجت بارزة ترى في اول الخروج
كما ترى في اخره فهو في معنى ثمر النخل بارزة من الطلع ووجهه ان
الثمرة ظاهرة في الخروج واستتارها بالنور كاستتار ثمر النخل
قبل التابير بما عليها من القشر الابيض واشبه حبات العنب لما
يتشقق عنها من النور اللطيف وذلك لا يجعلها تابعة فكذلك هذا
وقد رجح هذا القول ابو القسم الكرخي والبغوي وخطا الشيخ ابا حامد
القاضي ابو الطيب في تعليقه قال ابن الصباغ هذه الحكاية لم اجدها في
التعليق الاخر عنه وقيل الحق اصحابنا العراقيون الفرسك وهو
الخوخ والامبرا والسفرجل بالمشمش والتفاح صرح بالاول ابن الصباغ
وما عداه الماوردي وفي المجموع المحاملي في المجموع وفصل الفوراني
فقال الاشجار التي تبدو ازهارها منها ما تنتثر من ارك الازهار
واصلها على الثمار على هيئة حوخات صغار كالمشمش والخوخ وقال
معناه فاذا باع هذه الاشجار وعليها ازهارها فالثمار في مطلق
البيع للمشتري لانها مستترة كاستتارها بالطلع ومنها ما يبدو معنى في
انها لا تنعقد حتى تشتد وتصلب وذلك بعد انتثار الازهار
وانكشافها عن الحوخات ومن الازهار ما لا يخرج على الثمار ولكنها
تطلع والثمرة دونها كالكمثرى والتفاح فما كان كذلك فقد اختلف
الاصحاب فيه فالذي مال اليه العراقيون ان الثمار لها حكم الظهور
في بيع الاشجار المطلقة في البيع ومن اصحابنا من قال هي للمشتري
لانها غير منعقدة بعد وانما انعقادها بعد انعقاد الازهار
وهذا الذي ذكره الصيدلاني وهذا من الامام يدل على الخلاف
هو

في هذا النوع قبل انعقاد الثمار الا ان يريد مخامل الانعقاد
وبوبله ان المحكي في الرافعي ان المشمش والتفاح والكمثرى ان بيع
اصله قبل انعقاد الثمرة فانها تنعقد على ملك المشتري وان كان النور
قد خرج وان بيع بعد الانعقاد وتناثر النور فهي للبائع وان بيع
بعد الانعقاد وقبل تناثر النور فوجهان تنبيه المشمش بكسر الميم
قاله الجوهري وحكى ابو عبيدة الفتح قال وان كان ورقا كالتوت
اي الذي يقصد لتربية القز وهو الشامي فقد قيل انه ان لم يتفتح
فهو للمشتري وان تفتح فهو للبائع لانه مقصود كطلعه دود القز فهو
كالثمر من غيره وهذا ما صححه الجاجرمي وجزم به الماوردي وطرده
في كل ما المقصود منه الورق وقيل هو للمشتري بكل حال ومحل الخلاف
في زمن الربيع اما في زمن الخريف فهو للمشتري وجها واحدا تنبيه
التوت بالتاء المثناة من اخره وبالمثلثة ايضا والاشهر الافصح بالمثناة
وعزى ذكر اللغتين ابن الاعرابي قال الاصمعي العرب تقول بالمثناة
والفرس بالمثلثة وقد شاع القصاد في الناس كلهم فرعان احدهما
ورق شجر النبق هل يتبع الاصل فيه طريقان في التتمة اظهرهما انها كالورد
عينه والثاني انها كورق التوت لانها تلقط ليغسل بها الرؤوس لكن
خروجه من الاصل بمنزلة تفتح ورق التوت لانه يخرج من الاغصان من غير
غلف يتفتح عنه وهذا ما صرح به الماوردي الثاني اغصان الشجر
تدخل في البيع وكذا عروق الاشجار وان كانت يابسة وفي التهذيب ان
الشجر الاخضر اذا كان فيه غصن يابس لم يدخل في البيع لان العادة
فيه القطع ثم قال ويحتمل ان يدخل كالصوف على ظهر الغنم اخر اذا
باع اشجارا خضرا واطلق العقد هل تدخل المغارس في البيع فيه
وجهان قال الامام وصاحب التهذيب ان اصحهما لا وعلى هذا لو

اقلعوا

اقلعوا الشجر او قطعها المالك لم يكن له غرس بدلها ولو
اراد البائع قلعها فهل له ذلك المنقول ها هنا انه ليس له بل
عليه التبقية ما دامت وحكى الامام في باب الرهن وجها انه
لا يمنع من قلعها ولكن يغرم ما ينقصه القلع ان نقصها المستعير
في مثل هذه الصورة وعلى القول بانه يملك المغرس اذا قلع الشجرة
كان له غرس بدلها وبيع المغارس وهل يدخل ما بين المغارس
في البيع جزم الماوردي بعدم الدخول وقال الامام في باب الرهن
ينظر فان كان بحيث تفرد بالانتفاع لم يدخل وان كان لا يتاتى افرادها
بالانتفاع الا على سبيل التبعية للاشجار ففي دخولها وجهان وا
ستجري صاحب التهذيب ما ذكرناه من الخلاف في استحقاق البقاء او ملك
المغارس يجري في بيع الابنية من غير تعرض لاساسها حكاه الامام في الرهن
وكذا لو اشترى ارضا وشرط البائع لنفسه شجرة فيها ان المغرس يبقى له
ملكا او مستحقا حكاه الرافعي قال واذا باع ارضا وفيها زرع لا يحصد
الا مرة واحدة كالحنطة والشعير وفي معناهما الجزر والفجل والقطن
واللفت الذي لا يستخلف في هذه السنة كما ببغداد دون خراسان والبلاد
الباردة قال لم يدخل الزرع في البيع لانه نماء ظاهر يراد للنقل
والتحويل فلا يدوم بقاؤه فاشبه الطلع المؤبر والامتعة في الدار والحق
الرافعي بهذا النوع السلق وفيه نظر لانه يستجد فينبغي ان يلتحق بالنوع
الثاني ولا فرق في ذلك بين ان يقول بحقوقها او لا حاكي
عن الشيخ ابي حامد والتميمي في المستعمل وللبائع تبقيته ذلك الى
الى اوان حصاده دون تفاريته او ملك ... تبقيته لانها
العقد ذلك لزمه عليه قلع ما يضر بالارض من عروق الذرة واصول
القطن وهل يلزمه تسوية الارض الجالح فيه مثل الكلام فيما اذا كان

في الدار المبيعة ما لا يتسع بابها وقد حكى القاضي ابو الطيب فيه
انه يجب نقض الباب حتى يخرج ويلزم البايع ما نقص من الباب
ثم قال ويحتمل ان يقال يلزمه ثناؤه كما يلزمه تسوية الارض وليس
له قلع ذلك قبل اوانه ان يتضرر الارض الى ان ينتهي الى اوان قلعه فلا
خلاف فيه ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يكون المشتري عالما بالحال او لا نعم
يثبت له الخيار اذا لم يعلم وقيل يستحق الاجرة اذا كان جاهلا واجاز
العقد لان المنفعة تفوت عليه فقابله الثمن بخلاف ما اذا كان عالما فانه يقابل
ذلك المدة في الثمن وهذا اصله يخرج على القول بصحة بيع الارض المشغولة
بالزرع وهو ما جزم به الماوردي في اصح الطريقين كما لو باع دارا
مشحونة بامتعة قال الرافعي ولا يتخرج على القولين في بيع المستاجر لان يد
المستاجر حائلة ولا كذلك هاهنا اذا استثنى المنفعة لنفسه لان هذا استثناء
بالعرف ويحتمل [illegible] لو زوج امته ثم باعها فانه يصح ولو باعها واستثنى منفعة
بضعها لم يصح وفي الشامل ان ابا اسحق خرجه على القولين في المستاجر
وابدى الامام احتمالا في اجرائهما في الدار المشحونة ايضا وقال الجمهور لو كان
في معنى المستاجر لوجب ان يقطع بالفساد لان مدة بقاء الزرع مجهولة
وعلى هذا هل يحصل القبض بالتخلية بين المشتري وبينها في هذه الحالة
فيه وجهان احدهما لا كما في الدار المشحونة بالامتعة واظهرهما الحصول
والفرق ان الشاغل بالتفريغ في الدار ممكن في الحال على ان فيها ايضا
وجها وادعى الامام انه ظاهر المذهب والله لا يتضح بين المسالتين فرق
فرع لو باع الارض وما بها من زرع فهل يصح البيع ينظر ان كان
قصيلا او شعيرا جاز وكذا ان كان قمحا وجوزنا بيعه في سنبله وان
لم نجوز بطل فيه وفي الارض قولا تفريق الصفقة وقيل يصح فيه تبعا وان
منعنا بيع الحنطة في سنبلها حكاه الماوردي **اخر** لو شرط البايع

قطع الزرع

وقطع الزرع من الارض مع وجوب الوفاء بهذا الشرط [illegible] حكاه
الامام عن الاصحاب اواخر كتاب الصلح **قال** وان كان يجز مرة
بعد اخرى كالرطبة وما في معناها من الهندبا والكراث والنعنع
فاصولها كالاصول للشجر التي ذكرناها في الاشجار وهذا يتفرع على ما حكاه في
دخول الاشجار في بيع الارض اما اذا قلنا لا تدخل فلا تدخل اصول هذه
الاشياء صرح به الامام عن العراقيين والصيدلاني وقال انه القياس
وحكى عن الشيخ ابي محمد القطع بدخول هذه الاشياء لانها لا تراد للنقل
بخلاف الاشجار وفي الوسيط ان الشيخ ابا محمد قطع بانه كالزرع والعقد
في هذه الصورة صحيح قولا واحدا **قال** والجزة الاولى للبايع لانها في
معنى ما ظهر من الثمار لكن يؤمر البايع باخذ ما ظهر في الحال كيلا يختلط
بحادث على ملك المشتري ولا فرق بين ان يكون ما ظهر قد بلغ اوان الجزاز او لا
قال في التتمة الا القصب فانه لا يكلف قطعه الا ان يكون ما ظهر قدرا
ينتفع به وفي الحاوي حكاية وجه انه يجب تبقيتها الى الوقت الذي جرت
العادة فيه بالجز وهذا اقول من زعم ان ما اطلع من ثمار النخل بعد العقد
للبايع تبعا لما ابر منها وقد يؤخذ هذا من قول الشيخ والجزة الاولى
للبايع ويلتحق بهذا النوع البنفسج والنرجس فتكون اصوله للمشتري وما
ظهر منه حالة العقد للبايع وفيهما وجه حكاه الرافعي انهما يلتحقان بالنوع
قبله والحق الماوردي بصل النرجس والزعفران بشجر الورد والرافعي اشجار
الخلاف التي تقطع من وجه الارض بهذا النوع وقال الامام اختلف
علماؤنا في ان شجر الخلاف اذا بيع دخل اغصانها التي تقطع عادة
وتستخلف تحت مطلق البيع وقد تخيل بينهما فرق في الصورة ويبرز كل
شيء مما ذكرناه اذا كان في الارض حالة العقد حكمه حكم اصله فيما ذكرناه
الا في بيعه فان الاصحاب لا يصح وان كان مع الارض وحكى المحاملي في

تجويزه

كتاب التفليس ان ظاهر نصه فيه صحة بيع البذر مبقا للارض ومبيع
الاساس تبعا للحيطان وفي الحاوي ان من قال يكن يطرعا ظهر شاهى
الجدران من العادة دخل ما ينبت من البذر او اجرة للبايع فرع الخيار
والبطيخ والقثا وما يوخذ بزه مرة بعد اخرى لكن في عام واحد اختلف
اصحابنا اذا سع الارض وهو فيها على وجهين احدهما وهو قول البغدادي
انه يكون في حكم الشجر فيكون للبايع من ما ظهر وللمشتري الاصل الباقي
وما يظهر والثاني وهو قول البصريين انه يكون كالزرع فيكون للبايع اصله
وثمره والموز لاسيما الظاهر منه اكثر من سنة فلا يندرج في بيع الارض والزرع
الذي يتخلف دون المشتري تنبيه الرطبة هي القضب الذي يقطع للدواب
تسمونها العراق بهذا الاسم قال ابو الطيب وتسمى ايضا قتا وفرطا
والرطبة بفتح الراء وجمعها رطاب قاله الجوهري الجزز بكسر الجيم وسكون الزاي
قال واذا باع الاصل وعليه ثمرة للبايع اي حيث قلنا لا يدخل في البيع
لم يكلف نقلها الى اوان الجداد اي جداد مثلها من بسر او رطب او تمر وعنبر
في ذلك اول زمن الامكان حكاه الماوردي وابو الطيب ووجهه ان البايع
يومر بنقل المسيع على حسب العرف وقطع الثمار تبقيتها الى اوان الجداد وشهد
لهذا القاعدة انه لو باع دارا مشحونة لا يكلف ان ينقل ما فيها في ساعة
بل عليه ان ينقلها على ما جرت به العادة ولو باع دارا ليلا
لم يكلف الانتقال منها حتى يصبح ولا فرق في ذلك بين ان يكون المشتري عالما
بان الثمرة للبايع او لا لانه اذا لم يعلم المشتري بتابير النخل وظهور الثمرة
ثبت له الخيار ويتصور ذلك بان يكون ذلك قبل ذلك والجداد بالفتح
والكسر القطع اما اذا شرطت تبقيتها في البيع فانه ينبغي الا تفسد
بالشرط قال الماوردي انه لا يستحق الا تبقا بل يقطع في الحال
لانه انما يصح استثناؤها له بشرط القطع كما نص عليه الشافعي في

جعل
وحكمه
بالاصل
دالعادة
فلا اي الصلاح

هر الغرر

في كتاب الصرف وهذا يوجب عليه التزام موجبه وفي تعليق القاضي
ابو الطيب والشامل ان هذا ليس بقول به احد من اصحابنا فلعله غلط
النص انه خطا في النقل وحكى صاحب الحلية الخلاف وجعل اصله الخلاف
فيما اذا باع دارا ولم يستثن سكناها شهرا ومقتضاه ان يكون الصحيح
قول الماوردي لكن صرح في المطلب هو والرافعي وغيره على قول الاشتراط
لو اطلق العقد قال الامام فظاهر كلام الائمة ان الاسقاء ما لك والثمرة
للمشتري وهذا مشكل فان صرف الثمرة الى جميع التصريح باستبقائه محال
عندي فالوجه ان يجعل شرطا فاسدا مفسدا العقد في الاشجار ايضا
قال وان احتاج الى سقي اي يحتاج ان يسقى فيسدد الثمرة او امتصت
لم يكن للمشتري منعه من سقيه اي بالماء المعد لسقي الاشجار المبيعة وان
تضررت الاشجار به كما اشار اليه الماوردي لان ذلك من صلاح هذه
الثمرة فلم يكن للمشتري المنع منه قياسا على التبقية على الاصول لكن
مؤنة السقي على البايع بخلاف ما اذا باع الثمرة فان مؤنة السقي على البايع
الى اوان الجداد لانه التزم تبقيتها والسقي من ضرورة بقائها وقيل
اذا تضررت الاشجار بالسقي لم يجبر المشتري عليه بل يراعي جانبه
حكاه الامام ومن تابعه وحكى عن ابي اسحق وجها اخر انه لا يجبر واحد
منهما لا سيما الحقين فان تراضيا على شيء والا فسخ العقد والاول
قول ابي علي بن ابي هريرة واختاره ابن ابي عصرون والثاني عند الغزالي
اصح والثالث عند الرافعي اظهر وقال ان الثاني لم ار من رجحه الا الغزالي
اما اذا لم يزل السقي ايضر بالثمر لكن يمنع تزايدها وتحسينها
قال الغزالي يحتمل ان يلحق بالحالة الاولى ويحتمل ان يمنع وجها واحدا
ولو تضررت الثمار بالسقي والاشجار به ه قال الامام فتعود الثلاثة
اوجه قلت ويحتمل ان ينظر الى مقتضى من نظر في المسألة الاولى الى

في
فلعله
الخلاف
لعله
المشتري
ثم

البائع
جانب المشتري وهو ابن ابي هريرة لا يحرم هنا ومن نظر الى جانب المشتري
في الاولى حكاه الامام لخبر البائع ومذهب ابي اسحق لا يحلف وقد
حكى ~~الامام تخيير البائع~~ الحاملي والماوردي وغيرهما عن ابن ابي هريرة
انه قال في هذه الصورة ان البائع يجبر فلا يتخير في هذه الصورة الا
وجهان الاول يقول ابن ابي هريرة ينظر الى جانب من يتضرر بالسقي
هنا كان يتضرر بتركه والاخر ينظر الى جانب الاخر فهنا كان يتضرر بتركه
فينعكس الحال ويجيء الاوجه والله اعلم ولو كانت الثمرة لا تحتاج الى السقي
ولو سقيت لزادت ونمت وان تركت امتصت رطوبة الاشجار او
بعض حملها في المستقبل بعضا كثيرا فللبائع ان يجبر على السقي او
القطع فان علم المالك بعين القطع حتى لا تتوفر عند مولس عن
الام واصحهما عند الاكثرين الاول حتى يتعين القطع قال الامام ولم يقع التعرض
لاستواء الحقين ولا بد من هذا الوجه تمسكا بوجه ابي اسحق ولو
لحق الثمرة افة […] قبل وقت القطع فهل يتعين عليه القطع فيه وجهان رواهما
صاحب التقريب **قال** وان باع الشجرة بعد حمل حملا اي مثلا حيث يتأخر
البائع ثمرته حتى حدثت ثمرة المشتري واختلطت ولم يتميز ففيه قولان احدهما
ينفسخ البيع لان المقصود من الشجرة المثمرة الثمرة وقد تعذر تسليمها
لان كل واحد منهما لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ولا اجباره على قبول
مال صاحبه فوجب ان يبطل العقد لفوات المقصود كما اذا اشترى
جوهرة فوقعت في بحر عظيم قبل القبض وانقلب العصير خمرا وهذا ما
اختاره ابن ابي عصرون وعلى هذا قال المتولي يسترد المشتري الثمن ويرد
الشجر مع جميع الثمرة والى ذلك اشار الحاملي ايضا بقوله تعود الشجرة
المثمرة الى ملك البائع وفي كلام البغوي ما يخالفه كما سنذكره وكان
حاصل ما قالوه يرجع الى ان هذا العقد ينفسخ من اصله او من حينه وكلام

يجبر

ان في

للمتولي

المتولي والحاملي يقتضي انه من اصله وكلام البغوي يقتضي انه من حينه
قال والثاني لا ينفسخ لان المبيع وهو الشجرة باق وقد اختلط المقصود منهما
والتصحيح ممكن بما ذكره فيقال للبائع ان سلمت الجميع اجبر المشتري على
قبوله لانه دفع اليه حقه وزيادة لا تتميز عنه فاجبر عليها كما لو اسلم في طعام
فاتاه باجود منه **قال** وان امتنع اي البائع من البذل قيل للمشتري ان سلمت
الجميع اجبر البائع على قبوله لما ذكرناه فلا وجه للحكم بالانفساخ في الحال
قال وان تشاحا اي تنازعا ولم يرض احدهما بتسليم ماله فسخ العقد لتعذر
الوصول الى المقصود حينئذ وهذا الخلاف حكاه المزني وغيره عن الامام
ايضا وبه قال اكثر اصحابنا بناء على ما حكاه ابو الطيب في تعليقه وعن
قال لا ينفسخ قولا واحدا لان الشجر يختلط بغيره على […] ينفسخ العقد كما
لو اشترى دارا فيها طعام له وللبائع فاختلطا وهذا ما صححه القاضي
ابو الطيب في باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ومن قال بالاول فرق بما
اشرنا اليه وعلله القول الاول من ان الثمرة هي المقصودة بالعقد لانها
نماء المبيع وليس الطعام مقصودا من شراء الدار ولا هو من نمائها فلذلك
لم يؤثر اختلاطه في فساد العقد ووجه البغوي هذا القول بانه لا فائدة
في الفسخ فانه لا يفيد قطع النزاع فان الثمرة الحادثة لا تعود الى
البائع وهذا ما اشرنا اليه من قبل وهذا الطريق قال به ابو علي ابن خيران
والطبري في الافصاح وقالا اهل القولين اللذين نقلا عن الام في
مسألة بيع الطعام والمزني نقلهما عن الام والغلط وقع في النقل
قال الامام وهذا هو القياس الذي لا يسوغ غيره قال الماوردي
الصحيح ما قالاه جوابا وتعليلا وان كان قول المزني صحيحا والاذعان
للحق اولى من نصرة ما سواه فعلى هذا ان رضي احدهما بترك حقه لصاحبه
اجبر عليه والا كان القول قول من في يده الثمرة في قدر حق صاحبه

الام في

وقيل

بان محل
من

كذا قال المحاملي والماوردي والبغوي وغيرهم وقال ... مثل يخلوا الى الطيب انتهى
اذا استأجلها فسخ وهو الذي تقتضيه ظاهر كلام الشيخ **تنبيه** الشجرة
التي تحمل حملين قال المتولي انما تتصور في التين انه يخرج منه بعد من وغيره
فسمّه بما حكي عن الشيخ ابي حامد انه ما لا اعلم ذلك الا في التين وقد
قيل ان البطيخ والاترج والباذنجان فهل هو محل الخلاف في المسألة ما اذا
لم تعلم وقوع هذا الاختلاط غالبا بل وقع لتأخر القطاف او كان
غالبا وشرط في العقد قطع الثمرة عند خوف الاختلاط فلم يقطع حتى حدث
الاخرى اما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالعقد باطل
على الراجح ويجيء فيه الخلاف فيما اذا كان المبيع مما يسرع فساده **قال** ولا يجوز
بيع الثمار اي منفردة عن اصولها حتى يبدو صلاحها الا بشرط القطع اي
سواء كانت مما يجذ او يقطف او يجمع كالبطيخ والخيار ونحوه والاصل في
ذلك ما روى مسلم عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو
صلاحها نهى البائع والمشتري وروى ان نهي عن مالك عن حميد عن انس
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل يا رسول الله وما تزهي
قال حتى تحمر او تصفر وروي تحمار وتصفار وغير ذلك من الاحاديث الموافقة
في المعنى وذلك يدل على منع البيع مطلقا سواء اشترط ابقاؤها الى الجداد
او قطعها او اطلق العقد واستثني منه ما قام الاجماع على جوازه
وهو البيع بشرط القطع وهو على عمومه فيما عداه واختلف اصحابنا
في تعليل المنع فمنهم من علله بان العقد عند الاطلاق يقتضي البقاء
على الاصل الى اوان الجداد والقطاف فكان تسليم كل شيء على حسب ما
جرت العادة به ماموربه ... العادة جارية في بيع الثمار ... اذا
اقتضى العقد ذلك او كان مشروطا في العقد ولا يوثق بالقدرة على التسليم
التي هي شرط الصحة لان الثمار قبل بدو الصلاح ضعيفة متعرضة للعاهات

وقد اشار صلى الله عليه وسلم الى ذلك بنهيه عن بيع الثمر حتى ينجو من
العاهة ومنهم من علله بانها قبل بدو الصلاح تكون اجزاؤها كثيرا
كاهي او تلك الاجزا من اجزا الشجرة باتصالها ورطوبتها فتعذر
الابقاء لذلك فبعد البيع بشرط ازالة ... من مال البائع
ومقتضى ما ذكر المعنى الاول انه اذا باع الثمرة مطلقا وكان في
موضع جرت العادة فيه بقطعها قبل بدو صلاحها ان يصح وينزل الحال
المعتاد فيه منزلة الشرط تنزيلا للعادة الخاصة منزلة العادة العامة
وامتنع الاخرون من ذلك ولم يروا التواطي في قوم مخصوصين مثابة العادات
العامة واجرى هذا الخلاف فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن
بالمرهون حتى تنزل عادتهم على راي منزلة شرط الانتفاع ويحكم بفساد
الرهن ولهذا اشار الامام الى تخريج الخلاف على مسألة السر والعلانية وعلى
المعنى الثاني يخرج اشتراط القطع فيما اذا باع النخل وعليها ثمر غير
مؤبرة واستثناها ولا يرد علينا كون الثمرة للبائع اذا وقع العقد بعد
التأبير وان كان لا يصح البيع في هذه الحالة الا بشرط القطع نظرا الى هذه
العلة لان هذا استثناء بالشرع فلا يسلك به مسلك الاستثناء باللفظ
الا ترى انه لو باع الجارية المزوجة صح ولو باع جارية واستثنى منفعة البضع
لم يصح ... صححنا العقد بشرط القطع فذاك على ما حكاه المتولي فيما
يمكن الانتفاع به كاللوز وما في معناه اما ما لا يمكن الانتفاع به
فلا يجوز وان شرط القطع وهذا مأخوذ من القواعد السابقة ثم
اذا صح العقد فيما شرط فيه القطع بشرطه فللبائع المسامحة بالتبقية
الى بدو الصلاح وله اجباره على قطعه صرح به الماوردي وغيره وله
اجباره على القطع بعد بدو الصلاح ايضا ما لم يقطع الثمر ... او ...
لما اذا ... في زوايد العمراني عن كتاب الزكاة انه لو ... القطع حتى

بدو صلاحها جائز فيه قولين احدهما رواه القفال عن الشافعي
ان البيع يبطل لان تسليم المبيع قد تعذر بوجوب الزكاة فيه
ولو اشترى حنطة فابتلت عليها صبرة اخرى فان البيع يبطل
والثاني ولم يذكر الشيخ ابو حامد سواه انه لا يبطل فعلى هذا ان
طالب البائع المشتري بالقطع فقولان احدهما ينفسخ البيع لان البائع
طالبه بما شرطه وتعذر ذلك لحق المساكين فبطل والثاني لا ينفسخ
والزكاة على المشتري ويلزمه ان يقطع ويتوجه عشرها منه مقطوعا
وان رضي البائع بتركها وطالب المشتري بقطعها ففي هذه الحالة ايضا
قولان احدهما البيع له وهو الصحيح لان القطع لحق البائع وقد رضي على الجور
حق المساكين والثاني لا لانه اشتراها بهذا الشرط فلعل له غرضا اما
اذا بيعت الثمار مع اصولها فانه يصح البيع من غير شرط لقوله صلى الله عليه وسلم
من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع فثبت
النخل بالنص وقيس ما في معناه عليه لان الاصول يتحرز جملتها
فجاز بيعها كالنخل وبيع البطيخ والقثاء والباذنجان مع الاصول لا
يكفي عند الغزالي وامامه وخرج الرافعي وجها في الاكتفاء به عن شرط
القطع ولو باع الثمرة وحدها على اصولها بعد قطع الاصول جاز من
غير شرط القطع **فروع** اذا باع بعض الثمرة مشاعا على رؤس
النخل قبل بدو الصلاح لم يصح بناء على امتناع القسمة في ذلك
اما اذا جوزنا القسمة جاز ولو باع نصفها مع نصف النخل جاز ولو
كانت الثمرة والشجرة بين شخصين فباع احدهما نصيبه من الثمرة لصاحبه
بنصيبه من الشجرة لم يجز مطلقا ويجوز بشرط القطع ومثل هذا يجري
في الارض المزروعة قال الامام او اخرجات الصلح قال الاصحاب
ولا يتصور شراء نصف زرع بشرط القطع الا في صورة واحدة وهي ان

الاشجار

ذكرنا

ذكرنا في الثمرة ثم قال وهذا فيه نظر وقد منع طائفة من المحققين
البيع في هذه الصورة ايضا فان تفريغ الارض من الزرع لا يجب بقطعه
فاذا اشترطه لا يجب الوفا به فيبعد استحقاق القطع على الدوام
قالوا انما يصح بيعا على تفريغ الارض فلست ادري ما قولهم في ان
شرط التفريغ هل يجب الوفا به ام لا هذا محتمل من جهة ان هذا
ليس من المعقود عليه من الزرع وانما هو من بيع حصته من الارض
قلت وما ذكره بعينه في الزرع يجيء مثله في الثمرة **قال** فان بدا
صلاحها جاز بيعها مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية اما اذا
باع بشرط القطع فدليل جوازه الاجماع واما في الباقي فلانه صلى الله عليه وسلم
في حديث ابن عمر جعل غاية النهي بدو الصلاح والحكم بعد الغاية مخالف
لما قبلها فلما امتنع ذلك قبل بدو الصلاح تعين جوازه بعده قال
الرافعي فلما امتنع ولا فرق في ذلك بين ان تكون الاصول للبائع او للمشتري
او لغيرهما **قلت** وفيما اذا كانت الاصول للمشتري وباع بشرط القطع نظر
يظهر للمتأمل فيما اذا باع بما قبل صلاحه من صاحب الاصل **قال** وبدو
الصلاح ان يطيب اكله اي في المعتاد فما يأخذ الناس فيه فمن النخل وان
كان اكلها طلعا وبلحا وانما لا عبرة به بل لا بد من احمرارها او اصفرارها
ولين الكرم وان كانت يؤكل حصرما فلا عبرة به بل لا بد من تموه الابيض
منها بالحلاوة وشروع ما يسود منها في التلون والخيار والقثاء
نحو وكذا الباذنجان وان طاب اكله في حال صغره فلا بد من ان ينتهي الى
حالة يأكله الناس في اكله ولو قيل في تحديد بدو الصلاح صيرورته الى
الصفة التي يطلب غالبا لكونها على تلك الصفة حتى يدخل فيه ما قاله
البغوي انه الجوز يبيع ورق التوت قبل تناهيه الا بشرط القطع
لكان اشمل وقد جعل الماوردي بدو الصلاح ثمانية اقسام

بيان تفريغ

احدها اللون وذلك من النخل بالاحمرار والاصفرار ومن الكرم بالحمرة والسواد
او الصفا والبياض ومن المشمش بالصفرة ومن العناب بالحمرة ومن
الاجاص بالسواد ومن التفاح بالبياض وامثال ذلك الثاني بالطعم
ومنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان
الثالث بالنضج واللين كالتين والبطيخ والرابع بالقوة والاشتداد
كالبر والشعير الخامس بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب
السادس بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان السابع
بالانشقاق كالقطن والجوز واذا انشق كمام القطن وسقطت
القشرة العليا عن الجوز الاكل فقد بدا صلاحه الثامن بانفتاحه
وانتشاره كالورد والبنفسج وورق التوت بدو الصلاح ان يصير
كارجل البط ثم قال هكذا قال العلماء والحق والاصل في اعتبار ما
اشرنا اليه ما روى البخاري عن جابر بن عبد الله قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم
ان يباع الثمر حتى تشقح قال وما تشقح قال تحمار وتصفار ويوكل منها
وما روى ابو داود عن انس ابن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى
يسود وعن بيع الحب حتى يشتد فاشار عليه الصلاة والسلام الى ذلك في
هذه الانواع لعمومها عندهم في ذلك الوقت وفيه تنبيه على ما عداها
قال واذا وجد ذلك في بعض الجنس من البستان اي ولو في ثمرة واحدة
فاله في الرسل جاز بيع جميع ما في البستان من ذلك الجنس دفعا
للضرر فانا لو اعتبرنا بدو الصلاح في الجميع ادى الى ان يلغى السابق
ولو شرط بيعه اولا فاولا ادى الى ان يباع رطبه رطبه فان الله تعالى
جعل حال التفكه على طيبه حالا واحدا ثم كلام الشيخ يقتضي انه
لا فرق في ذلك بين ان يكون ما لم يبد صلاحه من نوعه او نحو ما
بدا صلاحه او من غير نوعه لتشمل العقد على الجميع او على ما

بدا صلاح

اوعلى ما بدا صلاحه وعدم الخلط لذلك البستان واختلف الحكم
في ذلك وفاقا وخلافا كالحكم الذي ذكرناه في التابيرسوا
صرح بذلك الرافعي والماوردي وعن الشيخ حسين انه فيما اذا
اختلف النوع ان الصحيح في تعليق ابي الطيب انه كالنوع الواحد
عن ابن خيران انه كاختلاف الجنس والمحكي في تعليق ابي الطيب هنا
ان المذهب الصحيح وهو الذي ذكره القاضي ابو حامد في الجامع ونص
عليه ان نص في البويطي ان بدو الصلاح في نوع لا يكون بدو الصلاح
في النوع الاخر وان ابى علي خيران والطبري قالا انه يكون بدو
الصلاح في ساير الانواع كما يضم احدهما الى الاخر في الزكاة ونقض
ما علل به بان الشافعي نص على ان بدو الصلاح في الثمرة الصيفية
لا يكون بدوا في الثمرة الشتوية وان كان يضم اليها في الزكاة ولا
يمكن حمل ما قاله القاضي ابو الطيب هنا على المذهب على ما اذا افردها
بالعقد فان الصحيح في نظيره من التابير انه لا يصح افرادها نعم حكى ذلك
في فصل بعده وحكى فيه وجهين وان اصحهما انه لا يجوز ايضا قال ولا
يجوز بيع الزرع الاخضر الا بشرط القطع لما روى مسلم عن ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى
يبيض ويامن العاهة نهى البائع والمشتري وهذا فيه اشارة الى
العلة المجوزة لبيعه بشرط القطع فان بيعه قد امن العاهة اما
اذا زالت الخضرة عنه وبدا صلاحه كما ذكرناه فيجوز بيعه مطلقا
وبشرط القطع وبشرط التبقية الى اوان الحصاد لما دل عليه خبر
انس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع
الحب حتى يشتد وحكم اصول البطيخ والباذنجان ونحوهما على
الغزالي حكم الزرع ولا يجوز الا بشرط القطع اذا بيعت دون الارض

والذي ذكره العراقيون وغيرهم انه يجوز ولا حاجة الى شرط القطع
اذا لم يخف اختلاط ثماره على ما حكاه الرافعي **قال** فان باع قبل بدو
الصلاح من صاحب الاصل او الزرع الاخضر من صاحب الارض جاز من
غير شرط القطع كما لو باع الاصل وعليه الثمرة او الارض بزرعها وفيه
وجه انه لا يصح لعموم النهي والقياس على ما لو باع ذلك من غيرهما وانما
جاز بيعهما جميعا للتبعية كما قلنا في عروق الاشجار واساس الحيطان
ولا تبعية هاهنا وهذا ما اختاره ابن ابي عصرون وصححه في [illegible] القاضي
ابو الطيب والمحاملي والجمهور على ما حكاه الرافعي وفي الورع القاضي ابو الطيب
في كتاب الصلح وفي شرح ابن التلمساني الاكثرين على ترجيح الاول لانتفاء الغرر
وتمام التسليم فيه والبهم ضعفوا الثاني بانه لو شرط القطع لم يجب عليه ان
يقطع ثمار نفسه عن اشجاره **فرع** لو باع نصف الثمر من صاحب الشجر هل يجوز
فيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع ويلاحظ فيه ايضا امتناع القسمة
اخر لو باع الزرع فصيلا شرط القطع ثم باع الارض منه قبل القطع فهل
يسقط عنه القطع فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين في باب بيع الطعام
قال ولا يجوز بيع الباقلا الاخضر في قشريه ولا الجوز واللوز في قشريه اي رطبا
كان او يابسا على اصوله او على الارض لاستتار المقصود من ذلك بما ليس من صلاحه
وفي الباقلا واللوز قول قديم انه يجوز ما دام رطبا لتعلق الصلاح به من حيث
ان القشر الاعلى يصون الاسفل ويحفظ رطوبة اللب وهذا ما حكاه القاضي
ابو الطيب عن ابن القاص والاصطخري والماوردي عن البصريين ومد الحق
غيرهم الجوز الاخضر بهما واجرى هذا القول فيه وادعى القول فيه وادعى الامام
انه الاظهر في الباقلا لان الشافعي امر بعض اعوانه بان يشتري له الباقلا
الرطب والغزالي هو المهو وكان [illegible] على ما حكاه الرافعي القاضي
الحسين جزم به في اللوز وجعله المذهب في الباقلا وحكى الخلاف المذكور

الراج

في المزارع الذي عليه قشران ولو باع اللوز في القشر الاعلى قبل انعقاد
السفلي جاز لانه مأكول كله كالتفاح ولا نزاع في جواز بيع الجميع في
القشر الاسفل ولا الاول ما عليه كاملا لا يزال الا عند دليل كالرمان
والموز ونحوها لان قشره من مصلحته والحق به الغلس في قشريه ولا
نزاع في امتناع بيع الجوز واللوز والباقلا في حال الجفاف في قشريه
وحكى القاضي الحسين في التعليق في الجوز واللوز وجها كما في الحنطة
انه يجوز في السنبلة تخريجا على بيع الغائب وعلى المذهب اذا قيل
الجوز واللوز المقصود منهما وهو اللب مستتر بالقشرة السفلى لا يظهر
منها وقد جوز لم البيع فوجب ان يجوز في القشرين اذ ليس فيه اكثر من المنع
من المشاهدة وما لم يكن رؤيته شرطا لم ينفع العرف فيه بين ان يكون مستورا
بحائل او حائلين كالمنسوجه فجوابه ما حكاه الماوردي ان القشر الاسفل
من مصلحته وفي رؤيته تنبيه على جودته ورداءته بخلاف الاعلى فانه بمنزلة
ثوب حائل **قال** ويجوز بيع الشعير في سنبله ولا يجوز في سنبله سواء كان بعد
الحصاد او قبله لان الحبات ظاهرة في السنبلة وهكذا الحكم في السلت
والذرة ونحو ذلك من الحبات الذي لا كمام له **قال** ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها
اي مع سنبلها على ان اصحابنا لا يجوز وهو الجديد لما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع الغرر وبيع الحب في سنبله غرر لانه يتردد بين الجودة والرداءة
وروي انه نهى عن بيع الطعام حتى يفرك يعني بفتح الراء ومعنى الفرك التصفية
ولان المقصود مستور بما لا يتعلق به الصلاح فلم يصح بيعه كالذهب في تراب
المعدن والحنطة في التبن بعد الدياس وقبل التصفية والقديم انه
يجوز لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الحب حتى يشتد وقد اشتد
ولان بقاءه فيه من مصلحته والسنة يشهد لقوله تعالى في قصة يوسف فما حصدتم
فذروه في سنبله والقائلون بالاول اجابوا عن الحديث بانه محمول على الحب

الذي يخرج بارزاه للشعير ونحوه على انه معارض بنهيه عليه الصلاة والسلام
عن بيع الحب والعدس والسمسم ونحو ذلك يلحق بالحنطة وكذا الارز على ما
عند الشيخ ابي حامد وهو ما جزم به البندنيجي واختاره القاضي ابو الطيب
في باب السلم بعد ان حكاه عن النص والصحيح وبه قال ابن القاص وابو علي
الطبري وبه جزم في التهذيب الحق بالشعير اما اذا بيع القمح وما
في معناه في السنبل فلا يجوز على الصحيح من المذهب وبعلق القاضي حسين
وادعى الماوردي فيه الاجماع على قول المنع فما ذكرنا مفرع على منع بيع الغائب
او هو جار وان فرعنا على بيع الغائب الذي ذكره الامام انا ان جوزنا بيع
الغائب جاز هذا وان منعناه فهو محل التردد لاضطراب النظر في
استواء الحاجة الى [illegible] لاستتاره وتنزيله منزلة القشر الصوان
والى ذلك اشار المتولي والفوراني في الابانة حكاية طريقة انه لا يجوز جزما او لا
وان جوزنا بيع الغائب وقد يفهم جريان الخلاف من ايراد المحرر في الحنطة في
التنبيه الخلاف في بيع الحنطة وما في معناها اذا بيعت دون الارض اما
اذا بيعت مع الارض ففي مع الحاوي انا ان جوزنا البيع عند الافراد فكذلك
عند الاجتماع والا ففي الجواز وجهان فان منعنا بطل فيهما وفي الارض
قولا تفريق الصفقة وقيل يبطل فيهما قولا واحدا قال وان ابقى الثمر او
الزرع اي مطلقا بعد بدو الصلاح لم يكلف المشتري نقله الى اوان الجداد
والحصاد لان العادة العامة في ذلك تنزل العقد عليها كما تنزل الدراهم المطلقة
في العقد على النقد الغالب والاجارة المطلقة على المنازل المعهودة في
الطريق اما اذا اشترط الابقاء فقد تطابقوا على استحقاق التبقية الى العرف
والشرط وان شرط القطع فلا يخفى حكمه تنبيه في قول الشيخ لم يكلف
المشتري نقله ما يعرف ان القبض في بيع الزرع القائم التخلية دون النقل
فانه جعل النقل على المشتري بعد اوان الحصاد وذلك يمنع ان يكون

الجداد

١١٤

ان يكون على البايع وقد صرح ابن الصباغ والقاضي الحسين في مسألة
بيع الزرع بشرط ان يكون على البايع حصاده والله اعلم قال وان احتاج
الى سقي لزم البايع السقي اي ومؤنته عليه لانه من ضرورات تسليمها
الواجبة عليه عند الجداد والحصاد فلو شرط ان يكون على المشتري
بطل العقد فرع مؤنة جداد الثمار هل هي على البايع او على المشتري
فيه تردد ذكره الغزالي في اواخر الفصل الاول من الباب الاول في استيفاء
القصاص من [illegible] نص الشافعي على بعضها على المشتري فانه قال لو اشترى
ثمرة وشرط على البايع قطعها بطل العقد لان البايع لا يجب عليه
الا التخلية هكذا حكاه القاضي الحسين في مسألة بيع الزرع بشرط الحصاد
قال وان كان عليه ضرر في السقي اي يؤدي الى الاشجار ونتاجها
فسخ العقد لتعارض الحق من الجانبين وهذا يشابه ما حكيناه من قبل
عن ابي اسحاق فيما اذا كانت الثمرة للبايع وكان السقي يضر بالثمرة وينفع
الشجر المبيع وقد قيل هاهنا انه يجبر المشتري لانه دخل في العقد
مع علمه انه لا بد من السقي فيكون راضيا به وهذا يشابه ما حكيناه
ثم عن ابن ابي هريرة وهو ما صححه ابن ابي عصرون ثم ويظهر مجيئه هنا
ايضا ان يجي الوجه الثالث الذي حكيناه ثم وغيره هاهنا ايضا قال
ولو اشترى ثمرة فلم ياخذها حتى حدثت ثمرة اخرى اي واختلطت ولم تتميز
كالتين الموجود على شجره والباذنجان والبطيخ والخيار ونحو ذلك قال
او حنطة من الرطبة فلم ياخذها حتى طالت وطعاما اي غير معلوم القدر
فلم ياخذه حتى اختلط به غيره اي ولم يتميز ففيه قولان احدهما ينفسخ
البيع لانه قد تعذر التسليم المبيع فانفسخ العقد كما لو كان جوهرة
فالقي في بحر عظيم وهذا ما اختاره ابن ابي عصرون وصححه ابو الطيب
قال والثاني لا ينفسخ بل يقال للبايع ان سمحت بحقك اقر العقد
مره كالقمح والشعير ونحوهما وهو يقول اذا شرط القطع فلم ياخذه حتى طال فقيل يكون
ادبقال العراقيون الاوجه من ابتاع زرعا فلم يحصده حتى [illegible] فهل يملك اصل الزرع المشتري
قلنا الا الحلكه يشترى الزرع المشتري يظهر ادى الحاق الزيادة فيما يزداد من النقل

وان لم يترك فسخ لامكان تصحيحه بهذا الطريق ويعرف مع تمام نصوره
منصور فيما تقدم وهذا ما اختاره المزني والحق هاهنا تخيير المشتري
بين ترك حقه وفسخ العقد لانه لو ترك حقه فاز البائع بالعوض
والمعوض وحكى المحاملي عن بعضهم القطع بهذا القول في مسئلة
الوطيه وحكى الماوردي فيها طريقه انه لا ينفسخ العقد قولا واحدا
وتكون الزيادة للمشتري لكثرة (?) والذي صححه الماوردي وعليه ابو
اسحق وجمهور الاصحاب طرد القولين فيها [illegible] والفاسخ
للعقد عند امتناع البائع من [illegible] الحاكم صرح به الماوردي والقاضي
ابو الطيب وفي النهاية تفريعا على قول عدم الانفساخ في مسئلة الثمرة
ويجري فيما علاها ان المشتري يستأنف الخيار في فسخ البيع لكن البائع
اذا ترك حقه للمشتري قال الاصحاب على المشتري ان يقبل ذلك ولا فسخ
عليه الفسخ وشبهوا ذلك بمسئلة النعل وفي البسيط حكاية عن خلاف
والتي نحن فيها اولى به منها وقال في باب الخراج بالضمان ان الاقيس عندي
في مسئلة الثمرة انه لا يجبر على القبول فان يتطرق لانسان الى [illegible]
لدفع به حقا ثابتا بعيد من الجواز وعلى قول الاصحاب اذا ترك هل
يكون هبة او اعراضا فيه خلاف كما في النعل صرح به الامام واذا لم
يترك حقه ولم يفسخ المشتري واختلفا في قدر المبيع فالقول قول
صاحب اليد ومن صور الثمرة قبل البائع وقبل المشتري يحتمل انها
في يدهما جميعا وفي صورة الحنطة صاحب اليد البائع ثم هذا قال
الامام اذا لم يبع [illegible] العقد [illegible] ما عدا المخالف هذا
هو المشهور من المذهب وحكى صاحب التهذيب في اصل المسئلة الثمرة
قولا ان العقد لا ينفسخ ولا خيار [illegible] ملكان اختلطا فصار
[illegible] حنطة اشتريت عليها حنطة الغير اما اذا كان الطعام معلوم

القدر

القدر بان كان حمله اردبا مثلا او مجهوله وكان المخالط له اردبا
مثلا وانه يعلمه الباقي لم ينفسخ العقد ولكن يثبت للمشتري الخيار فاذا
اجاز صار شريكين فيه صرح به الماوردي ولو كان الطعام مما [illegible]
حصل الاختلاط بعده لم ينفسخ العقد قولا واحدا ولكن يقسم انه كان
اختلفا في قدره قال الماوردي فالقول قول من اشتمل الطعام على صبرته
في قدر الذي اشتمل **فرع** لو كان المبيع شاة او ثوبا فاختلط بمثله ولم يتميز
قال في التتمة المذهب انفساخ البيع بخلاف الحنطة فان غاية الامر فيها
لزوم الاشاعة وذلك غير مانع وفيه وجه انه لا ينفسخ لامكان تسليم
الكل **تنبيه** محل الكلام في الثمار التي يتلاحق اذا بيعت بشرط القطع وذلك
في الجزء او كانت الثمار مما يندر تلاحقها سواء علم عدم الاختلاط او لم يعلم
في تلك الحال اما اذا بيعت الثمار لا بشرط القطع وكان الاختلاط معلوم الوجود
فالمبيع باطل وفيه قول او وجه انه موقوف ان سمح البائع بما حدث تبين انعقاد
البيع والا تبين انه لم ينعقد **اخر** قول السبكي في الثمرة ولم يأخذها حتى تلف
انه لا فرق في ذلك بين ان يكون قبل التخلية او بعدها وان كان قبضا للبقاء علقه
البائع ومن الاصحاب من جزم بان التلف الحاصل بعد التخلية ينفسخ العقد قولا واحدا
وحمل الامام والغزالي هذا الخلاف مبنيه على ان الثمرة بعد التخلية من ضمان المشتري
والاول على الثاني من ضمان البائع قال الرافعي ومعنى هذا البناء ان يكون الصحيح طريقه
القطع وعامة الاصحاب على تصحيح طريقه القولين **قال** وان تلفت الثمرة بعد التخلية
اي على وجه الاستحقاق فقولان احدهما انها تتلف من ضمان البائع وهو القديم لما
روى مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بوضع الجوائح ولان الثمرة لا يتم قبضها الا
بجذاذها من النخل الا ترى انها لو عطشت واضر ذلك بها كان للمشتري الخيار ولو
تم القبض بها لما كان من له الخيار بعد النقل **قال** والثاني وهو الاصح انها تتلف
من ضمان المشتري وهو الجديد لما روي ان الشافعي عن مالك عن حميد عن انس ان النبي صلى الله عليه

نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل وما تزهي قال تحمار او تصفار وقال
صلى الله عليه وسلم ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه
موضع الدلالة ان الجائحة لو كانت مضمونة على البائع لما استضر
المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح ولما كان لنهيه صلى الله عليه وسلم
عنه حفظا لمال المشتري وجه لانه محفوظ ان تلف في الحالين
بالرجوع على البائع فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها
علم ان الجائحة لا تكون مضمونة على البائع وانها مضمونة فيما صح بيعه
على المشتري ولان التخلية تسليم عين يستفيد به المشتري التصرف
في الثمرة فاشبهت النقل فيما ينقل واحترزنا بقولنا تسليم عين
عن تسليم المنافع فانه وان جاز التصرف فيها بعد التخلية لكن اذا
تلفت الدار انفسخ العقد واما الخبر فانه محمول على الاستحباب ويشعر به
ما روي عن عمرة بنت عبد الرحمن تارة مرسلا وتارة مسندا عن عائشة ان رجلا
من الانصار ابتاع من رجل ثمرة فاصيب فيها فسال البائع ان يحط شيئا
فحلف بالله ان لا يفعل فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال تألى ان
لا يفعل الخير وبعضهم حمله على وضع الجوائح عن البائع دون المشتري وما
رواه مسلم من ح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك ثمرا
فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك
بغير حق فهو محمول ايضا على ما اذا بيع قبل صلاحه اذا بيع بغير شرط القطع
او على ما قبل التسليم كما ذكره الطحاوي واما الجواب عن ثبوت الخيار
للمشتري فمن وجهين احدهما منع الحكم وقد صار اليه ابو علي الطبري وعلى
تقدير التسليم فجريانه على القولين معا كما صار اليه ابو اسحق وذلك
لا يدل على عدم القبض قال ابن ابي هريرة الا ترى ان المقبوض في خيار
الثلاث يتخير فيه بما حدث من العيوب في زمن الخيار وان كان القبض

تاما

العقد

تألى ان لا يفعل خيرا

ح ثمنا

تاما فقد الثمرة والثاني ان خيار العطش انما يستحقه المشتري
لوجوب السقي على البائع ولم يمكنه بالتلف بالرجوع لان الحفظ
لا يجب على البائع قال القاضي الحسين وحقيقة القولين يتلقى من
اصل وهو ان قبض الثمرة اذا بيعت على رؤس النخل هل يحصل بالتخلية
او لا وفيه قولان القديم انه لا يحصل ولا بد فيه من النقل لانه منقول
وقال في الجديد يحصل بالتخلية وعلى هذا الخلاف ينطبق ما حكيناه من
التردد في ان مؤنة الجذاذ على من واعلم ان محل القولين الجديد بالاتفاق
ما اذا كان التلف بآفة سماوية مثل البرد والحر والثلج ونظير ذلك
ولم يكن للبائع فيها تسبب من ترك السقي اما اذا كان التلف بسبب العطش
فاصح الطرق بعضهم انه لا يجري ويكون من ضمان البائع انه يجري وهو قول
ابي علي الطبري وعلى هذا يجب على البائع ضمان القيمة او المثل ومحل
القول القديم بالاتفاق ما اذا تلفت قبل اوان الجذاذ بآفة سماوية وبعضه
منعه اما اذا تلفت بعد اوان الجذاذ وامكان النقل وطول الملك بحيث
يعد مقصرا او مضيعا او كانت قد اتسعت مع الشجر فلا يجري وجها واحدا
بل تكون من ضمان المشتري وهل يجري بعد اوان الجذاذ اذا قصرت المدة
بحيث لا يعد مضيعا ومقصرا فيه قولان في الشامل اصحهما وهو ما
جزم به الماوردي والطبري في العدة والشيخ في المهذب انه لا
يجري وان الخلاف لكنه وجهان في انه هل يجري فيما اذا اشترى او
عصفته الريح الذي اورده العراقيون منهما انه يجري وما قبله وهو الاصح
عند الاكثرين هذا الخلاف وحكى القاضي الحسين في تعليقه عن القفال
انه يحتمل ان ينبني على ان الجوائح التي توضع ان قلنا الى ان تجد الثمرة
فههنا تكون من ضمان البائع وان قلنا الى ان تستجد الثمرة فههنا

لتخلية

ق

البائع ح

ح

تكون من ضمان المشتري **مسئلة** الالف واللام في الثمرة يجوز ان يكونا
للعموم فيشمل الخلاف الثمرة التي بدا صلاحها وما لم يبد اذا بيعت
بشرط القطع وهو اظهر الطرق عن الرافعي وما نقله ابن الصباغ
عنه ويجوز ان يكونا للعهد وهي الثمرة التي تنتهي بنفسها الى اوان
الجداد فيجري فيها الخلاف اما الثمرة التي بيعت بشرط القطع فلا
يجري فيها القولان وما حكمها فيه طريقان اصح المذهب احدهما القطع
بانها من ضمان المشتري لانه مفرط بترك القطع مع عدم العلقة
بالبايع فانه لا يجب عليه السقي والحالة هذه وهذا ما حكاه الطبري
عن القفال ولم يحك الامام سواه وكذلك القاضي ابو الطيب الطبري
فيما اذا باع الزرع الاخضر بشرط القطع على ما حكاه في كتاب الصلح
والثاني القطع بانها من ضمان البايع لانه اذا شرط القطع كان القبض
فيه بالقطع والنقل ولم يوجد **فرع** لو تعيبت الثمار بعد التخلية
بحيث جعلناها من ضمان البايع ثبت للمشتري الخيار في فسخ العقد وحيث
جعلناها من ضمان المشتري فلا خيار له الا ان يكون بسبب ترك السقي
قال الامام لان الشرع الزم البايع بالسقي والتعيب الحادث بترك
السقي كالعيب المتقدم على القبض ولو افضى التعيب الى التلف نظر
ان لم يشعر به المشتري حتى تلف عاد الخلاف في الانفساخ ولزوم
الضمان على البايع فان قلنا بعدم الانفساخ فلا خيار بعد التلف
قاله الامام وان شعر به ولم يفسخ حتى تلف فيغرم البايع في وجه
لعدوانه ولا يغرم له في وجه لتقصيره والله اعلم ولنختم الباب بذكر
مسايل تتعلق به اذا باع العبد وقد ملكه مالا وقلنا انه يملكه
فان شرط المال للمشتري فلا يتبع وهذا ان اطلق الحديث ولو باعه
مع المال فقد نص الشافعي في القديم على قولين احدهما انه لا بد من رعاية

شرائط العقد

شرائط العقد فيهما والثاني ان المال ينتقل الى المشتري مع العبد
وانه لا باس بكونه مجهولا وغايبا ولم يحتمل ذلك قال ابو سعيد لان
المال تابع وقد يحتمل في التابع ما لا يحتمل في الاصل بدليل الحمل
واللبن وحقوق الدار وقال ابن سريج وابو اسحق المال ليس بمبيع
لا اصلا ولا تبعا ولكن شرطه للمبتاع تبقيه له على العبد فكان
للمشتري انتزاعه منه كما كان للبايع فعلى هذا لو كان المال ربويا
والثمن من جنسه فلا باس وعلى الاول لا يجوز ذلك ولا يحتمل الربا
في التابع واصح المعنيين عند الاصحاب الثاني قال الامام ومحل هذا
الخلاف فيما اذا قال بعتك العبد بماله اما لو قال وماله فهذا يتضمن
قطع ملك العبد ويثبت ملك المشتري فان قلنا ان العبد لا يملك
ما دخل المال في البيع يكون كما اذا باع عبدا ومالا ولا يخفى حكمهما مما
تقدم **فرع** لو كان العبد ماذونا وقد باعه مع ماله فهل يحتاج
الى اذن جديد من المشتري ام يبقى على ما كان عليه فيه وجهان حكاهما في
النهاية الثاني الا ان ننبهه اذا باع العبد هل يستتبع ثيابه فيه وجهان
احدهما لا كما لا يستتبع الدابة السرج والثاني نعم نقل هذا وجهان احدهما
المستتبع ما عليه من الثياب والثاني ساتر العورة والصحيح عند
صاحب التهذيب وغيره وجه عدم الدخول وكذا قال في عذار الدابة
واما نعلها فيدخل وكذا برة الناقة الا ان يكون من ذهب او فضة كذا قاله
الرافعي وفي كلام الامام في باب الرد بالعيب اشارة الى تردد للاصحاب
في ان نعل الدابة هل يدخل وبعضه جريان الخلاف في الرهن وفي السلم
المسمى والله اعلم **باب** بيع المصراة والرد بالعيب
المصراة قال اهل اللغة هي الناقة او البقرة او الشاة التي
يربط اخلافها ولا يحلب اياما فيجتمع في ضرعها اللبن فيتوهم

المشتري ان هذا اللبن عادتها في كل يوم فيشتريها وهي من
التصرية والتصرية الجمع يقال صرى يصري الماء في الحوض اذا جمعه
فيه وصراه في ظهره اذا ترك الجماع فاجتمع الماء فيه ويقال صرى
يصري تصرية وهي مصراة مثل عدى المراه تعدي تعديه فهي محلاه
وتسمى المصراة محفلة ايضا وهي لغة اهل العراق وهو من الحفل وهو
الجمع ومنه قيل للمجمع المحفل وهذا الفعل حرام لما فيه من التدليس
وكذلك البيع لانه روي عن ابن مسعود انه قال اشهد على الصادق
المصدوق ابي القسم صلى الله عليه وسلم انه قال بيع المحفلات خلابة ولا تحل
خلابة مسلم ذكره عبد الحق قال اذا اشترى ناقة او بقرة او شاة
مصراة وتبين التصرية ثبت الخيار بين ان يمسك وبين ان يردها ويرد معها صاعا
من تمر بدل اللبن اي الذي كان موجودا وقت العقد سواء كان اللبن قليلا
او كثيرا باقيا بحاله لم يتغير او غير باق وسواء كان التمر غالب قوت
البلد او لا وسواء كان يساوي قيمة الصاع قيمة الشاة او نقصت
عنها او زادت والاصل في ذلك ما روى الشافعي وابو داود بسندهما
عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تصروا الابل والغنم للبيع
فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان رضيها
امسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر وروي ان في بعض
طرقه قال النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى مصراة او محفلة فهو بالخيار ثلاثة
ايام ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر لا سمراء قال
الترمذي وقوله لا سمراء يعني لا بر وقال عليه الصلاة والسلام في الحديث
الاول بعد ذلك اي بعد هذا النهي فدل الاول على النهي في الابل والبقر
والغنم لكونها غالب اموالهم والثاني على الجميع وهل ثبت الخيار
للتدليس الصادر منه او لتغرير المشتري بما او ظن بنفسه علمه فيه خلاف

يظهر انه معها لو تحفلت بنفسها او صرها غيره بغير اذنه والاصح
في الجميع البطلان بتوبته ويرد ذلك لوجوه احدها ان اللبن
اذا كان باقيا لم يتغير لا يتعين عليه رد التمر وله رد اللبن صرح
به في المهذب وزاد الشيخ ابو محمد عليه فقال واذا كان تالفا رد مثله
فان اعوزه المثل رد قيمته اعتبارا بسائر المتلفات قال
الامام وقد اوما الى هذا صاحب التقريب ولم يصرح به وهو عندي
غلط صريح الثاني ان التمر انما يتعين اذا كان غالب قوت البلد اما
اذا كان الغالب غيره فهو الواجب وهو قول الاصطخري وابن سريج
وابن ابي هريرة على ما حكاه المحاملي والثالث انه لا يتعين وان كان
غالب قوت البلد وهو قول ابن ابي هريرة على ما حكاه الماوردي بل
يجوز اخراج ما يجري في زكاة الفطر قال الامام لكن لا يتعدى الى الاقط
وهذا صححه الرافعي ويشهد له انه جا في بعض الروايات كما ذكرنا ذكر
التمر وفي بعضها ذكر الطعام كما اخرجه الترمذي وصححه وفي بعضها عن
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة ايام
فان ردها رد معها مثل او مثلي لبنها قمحا وذلك يشعر بالتخيير
الرابع حكاه صاحب التتمة عن ابي اسحق ان التمر هو الاصل في
جميع البلاد فان عدل به الى ما هو اعلى منه بان يعطي قمحا اي وكان
اكثر قيمة كما صرح به غيره يجوز وان عدل الى ما هو دونه لم يجز الا برضا
البائع قال القاضي ابو الطيب حكاه عنه في التتمة لو كان في بلد لا يوجد
فيه التمر وجبت قيمة الصاع من التمر بالمدينة وان كان في بلد يوجد فيه
التمر الا انه اعز ثمنا يعني من الشاة او على الاكثر منه حكى تقييمه بالمدينة
والمحاملي حكى عنه في هذه الصورة انه يلزمه قيمته بالحجاز وان اراد ان يعطي الثمن
بالقيمة الخامس ان الصاع لا يتعين ولكن الواجب بقدر قيمة اللبن لما

سبق من رواية ابن عمر وعلى هذا فقد يزاد الواجب على الصاع وقد
ينقص ثم منهم من خص هذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصاع على نصف
قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع فيما اذا انقصت عن النصف ومنهم من
اطلقه اطلاقا قائما على قول اعتبار القيمة قال الامام تعتبر القيمة الوسط
للتمر بالحجاز وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز فاذا كان اللبن عشر الشاة
مثلا اوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة وهذا كله اذا لم يرض البايع اما
اذا رضيا على غير التمر من قوت او غيره او على رد اللبن المحلوب عند
بقائه جاز بلا خلاف صرح به في التهذيب وحكى ابن كج وجهين في جواز
ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه **فرعان** على المذهب لو اعوزه
التمر اعطى قيمته وفي محلها وجهان احدهما قيمة اقرب بلاد التمر منه
والثاني قيمته بالمدينة ولو كان ثمن الشاة صاعا من تمر ردها وصاعا
من تمر وتقوم مصراة فاذا قيل عشرة قومت غير مصراة فاذا قيل
ثمانية علم ان التفاوت الخمس فيجب عليه خمس صاع **تنبيه** قول الشيخ
وثبتت التصرية فهو بالخيار يخرج ما اذا كان عالما بالتصرية حال العقد
ويشمل ما اذا ثبتت التصرية بعد ثلاثة ايام او قبلها والحكم فيهما عند
الاصحاب مبني على اصل لابد من ذكره وهو ما اذا كان غير عالم بالتصرية
حال العقد ثم علم بها فان له الخيار الى ثلاثة ايام جزم به الماوردي
لكن هل هو على الفور او خيار عيب فيه وجهان اولهما قول ابي حامد
المروروذي لانه يمتد الى ثلاثة ايام ولو كان خيار عيب لكان على الفور
قال القاضي ابو الطيب وقد حكى ذلك في جامعه وقال ان الشافعي
نص عليه في كتاب اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى والثاني قول
ابي اسحق المروزي لانه موضوع لكشف التلبيس والتدليس بالتصرية
لا يعلم قبل مضي ثلاثة ايام لان نقص اللبن في اليوم الاول يحتمل ان يكون

لسبب التصرية

لسبب التصرية او من اصل الخلقة وقلته في اليوم الثاني
يحتمل ان يكون من اصل الخلقة او لاختلاف المرعى واذا حلبها
في اليوم الثالث وظهر نقصانه عن الاول تيقن حينئذ انها مصراة فان
قلنا بقول ابي حامد فله الخيار اذا كان عالما بالتصرية حال
العقد وان قلنا بقول ابي اسحق فلا وهذا ما اختاره ابن ابي عصرون
وجزم به ابو الطيب وحكى الرافعي وغيره مثله عن ابن ابي هريرة فيما اذا
ثبتت التصرية باقرار البايع او بشهادة عدلين وصححه ويتفرع على قول ابي حامد
وابي اسحق الفرع الاخر وهو ما اذا انقضت مدة الثلاث قبل العلم بالتصرية
فعلى قول ابي حامد يسقط الخيار وعلى قول ابي اسحق لا صرح به الماوردي
والسقوط على قول ابي حامد موافق لما حكاه الماوردي فيما اذا مات
احد المتعاقدين في مدة خيار الشرط ولم يطلع وارثه الا بعد انقضا
مدته انه يسقط ويحتمل ان يجي مثله ههنا تفريعا على قول ابي حامد ما
حكيناه ثم في تعليق البندنيجي ان ابا اسحق قال اذا اراد الرد قبل الثلاث
لم يكن له لانه ما علم بالعيب وان اراد بعد الثلاث لم يكن له لانه ترك الرد
بعد القدرة على موقف العيب وانما له الرد عند انقضا الثلاث وهل ابتداء
الثلاث من حين العقد او من حين انقضاء خيار المجلس فيه خلاف في خيار
الشرط حكاه الرافعي **آخر** عدول الشيخ عن ان يقول اذا اشترى حيوانا
مأكولا مصراة الى ما ذكر احترازا عن غير النعم من المأكولات فان فيه خلافا
اختيار النووي ان حكم التصرية لا يثبت فيه والاصح على ما حكاه الرافعي
وهو اختيار العراقيين الثبوت **قال** وان اشترى اتانا مصراة …
ردها لان في لبنها نفعا وغرضا فان نقصه عيبا كالنقص
في لبن النعم **قال** وان … اللبن اي … قلنا بنجاسته على المذهب
او طهارته وجواز شربه كما ذهب اليه ابو سعيد الاصطخري لان …

حكمنا بنجاسته ملاقيه للنجس وان حكمنا بطهارته فلانه غير
مقصود بالاعواض وهو شيء وقيل على القول بالطهارة انه يحب الصاع
حكاه ابو الطيب والسنجي وليس الا الماوردي مع الاول وقيل يجب
الارش عند الرد لا الصاع وفي الرد وجه ايضا انه لا يثبت وللمشتري الرجوع
بالارش بناء على انه نجس حكاه المحاملي في المجموع فللا اربعة اوجه

تنبيه الاتان الانثى من جنس الحمر وجمعها اتن بالمد وضم التاء هما و
اعنق وجمع الكثرة اتن وابن الخشاب وكسر والتونا بالعموم في اوله والمد
في اخره حكاه الجوهري

قال وان اشترى جارية مصراة فقد قيل لا يرد
اي وياخذ الارش لان اللبن اذا كان كثيرا انتفع به الولد وعما في
نقصه اضرارا بالمشتري والثمن يختلف باختلافه لكن لا يمكن ان يقول انه
يردها ولا يرد شيئا لانه قد حصل في يده اللبن الذي هو حق البائع فلا
يجوز ابطال حقه ولا يمكن ان يقول انه يردها ويرد معها عوضا لان
لبن الادميات ليس له عوض مقصود فلم يبق له الا ان يمسكها
وياخذ الارش العيب

قال وقيل يرد لما ليسه ويغرر المشتري بنقله

قال الا انه لا يرد بدل اللبن لانه غير مقصود في الاعواض الا ترى انه
لا يباع في الاسواق وقد قيل انه يجيء هذا القول يحكيه هو الصحيح ولم
يحك المحاملي في مجموعه غير هذين القولين والذي جزم به السنجي جواز
الرد وحكى الخلاف في رد البدل وورا ذلك وجهان اخران احدهما انه
الرد واذا رد رد بدل اللبن وهو اختيار ابن ابي عصرون والاصح في
تعليق ابي الطيب والثاني لا يرد ولا يرجع بالارش وهو ما ظن ابن يونس
انه القول الاول في كلام الشيخ

فروع اذا اشترى مصراة ثم زاد
اللبن عنده ولم يظهر نقصه في حالة الشرا فالاصح لا يثبت له
الخيار وهو ما حكاه في المهذب وحكى المحاملي وغيره وجها انه يثبت

اذا ارد

٥ اذا رضي بعيب التصرية ثم اطلع على عيب اخر فهل له الرد ينظر
ان علم بالتصرية بعد العقد كان له الرد وترك لبن التصرية ان كان
قائما لا صرح به الماوردي وحكى الامام ان بعض الاصحاب خرج
ذلك على تفريق الصفقة وان علم بالتصرية حال العقد ورضي بها فمعنى
جواز ردها بالعيب وجهان خرجهما ابن ابي هريرة من اختلاف قوله
في تفريق الصفقة قال الماوردي ويجمع من القولين في المسائل الخلاف
د اذا اشترى غير مصراة واطلع بها على عيب نظر ان اشتراها واللبن في
ضرعها كان له الرد وان كان قد ضرعها اللبن وحلبه قال الماوردي له الرد
ويجب عليه رد بدل اللبن لانه التزمه ورد صاعا لان الصاع عوض لبن
التصرية فان اسعا على قوله والا فالقول قول المشتري وفي تعليق
ابي حامد حكايته نصه انه لا يرد بدله لانه قليل غير معتنى بجمعه بخلاف ما
في المصراة وهو ما حكاه القاضي الحسين عن القفال وحكى وجها انه اذا كان
ضرعها ممتليا من اللبن ترد ويرد معها صاعا من التمر وهو
الاظهر ثم حكي فيما اذا كانت لبونا انه يردها ويرد بدل اللبن
لكونها المردود وفيه وجهان احدهما الصاع وهو ما حكاه ابن السبد
والثاني قيمة ذلك اللبن وفي تعليق السنجي ان اللبن اذا كان تالفا
فليس له الرد اذا قلنا لا تفرق الصفقة وله الارش وان كان اللبن
قائما فهل له الرد مع اللبن ام لا فعلى وجهين فيما اذا رد لبن المصراة
ولم يتغير هل يجبر البائع على قبوله وان قلنا لا يرد لبن الحموضة ثالث
وكلام ابي الطيب في التعليق يشير الى ذلك والذي حكاه في المرشد
انه ليس له الرد سواء كان اللبن باقيا او تالفا ولكن يرجع بالارش
وراى الامام تخريج ذلك على ان اللبن ياخذ قسطا من الثمن ام لا

قال وان اشترى جارية قد جعد شعرها او سود ثم بان انها

سبطه او بيض الشعر ثبت له الخيار لانه تدليس يختلف به الثمن
لاختلاف الاغراض فانه بالجعودة الشعر يشتريه وايضا فان الجعودة تدل
على قوة البدن وفقدها دليل على ضعف الجسد قال الماوردي
ويحل ثبوت الخيار في الجعودة ما اذا كان المشتري لم ير الشعر اما اذا
لم يكن قد راه حالة العقد وصححنا العقد فلا خيار الا ان يكون قد شرط
انما جعل الشعر [illegible] الماوردي وبنى عليه السبكي بقوله وكان
قد شاهدها جعده وظهر فيما اذا اشترى جارية شاهدها بيضا
فبانت سمرا او شاهدها محمرة الوجنتين فبانت بيضا [illegible] ذلك
بصنعة ادمي وهذا منه يدل على انه لا فرق في ذلك بين ان يكون باذن البائع
او بغير اذنه وبه احترز عما اذا جعد الشعر بنفسه فانه لا يثبت
الخيار وقد صرح به في الابانة [illegible] فيما اذا راها سبطة فبانت
جعدة وقول الشيخ جعد [illegible] اراد
السبكي وهو قضيته ما صححه البغوي في مسئلة المصراة وارسال الزنبور
على وجه الجارية او على بطنها ليظن انها سمينة [illegible] تسويد الشعر
ولو لطخ ثوب العبد بالمداد حتى يظن انه كاتب او البسه ثيابا تختص
بصنعة مخصوصة ليظن انه من اهلها او اعلف البهيمة حتى ربا
بطنها ليظن انها حامل او ارسل الزنبور على ضرعها حتى انتفخ فظنت لبونا
فاصح الوجهين انه لا يثبت وفي الابانة ان الشيخ ابا حامد اثبت في
ظن الحمل [illegible] الى الله تعالى
تنبيه جعد شعرها بفتح الجيم وتشديد العين قال اهل اللغة جعد
الشعر تجعيدا وهو شعر مجعد اذا كان فيه تقبض والتواء لا المفلفل
كشعور الزنج [illegible] اي
مسترسله [illegible] **قال** ومن علم بالسلعة عيبا لم يحل له ان

[illegible] روى مسلم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
مر على صبرة طعام فادخل يده فيها فنالت اصابعه بللا فقال ما
هذا يا صاحب الطعام فقال اصابته السماء يا رسول الله فقال افلا
جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غشنا فليس منا وروى عقبة
ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم اخو المسلم لا يحل لمسلم باع
من اخيه بيعا فيه عيب الا بينه له وفي المرشد [illegible] الا اذا اعلم
بالعيب [illegible] **قال** فان باع ولم يبين فالبيع صحيح لانه عليه [illegible]
صحح بيع المصراة مع وجود التدليس **قال** واذا علم المشتري بالمبيع
عيبا كان موجودا عند العقد او حدث قبل القبض اي واستمر
الى حالة الاطلاع عليه فهو بالخيار بين ان يمسك وبين ان يرد اما
اذا كان موجودا عند العقد فلما روي عن عائشة ان رجلا اشترى غلاما
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فكان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب وجده
ولاحاديث المصراة فانه صلى الله عليه وسلم جعل للمشتري الخيار مع تدليس
البائع بما ليس بعيب فكان التدليس بالعيب اولى واما اذا حدث قبل القبض
فلان المبيع من ضمانه فكذلك جزؤه ووصفه وادعى القاضي ابو الطيب
في اثناء مسئلة حدوث العيب عند المشتري اجماع المسلمين على ذلك اما
اذا اعلم بالعيب بعد زواله [illegible] البائع فاصح الوجهين
انه لا يثبت له الخيار وهما مخرجان على ما حكاه الاصحاب في بيع
المصراة من القولين فيما اذا اعتق الامة تحت عبد ولم تعلم حتى عتق
وحكاهما الاشراف قولين ايضا ولا نزاع في ان العيب اذا زال بعد
البيع وزال [illegible] قبل العقد انه لا حكم له اذا لم يعلم به المشتري
صرح به صاحب الاشراف اما اذا [illegible]
فرع اذا اشترى ولي الطفل له شيئا فاطلع على عيب [illegible] ان كان
الشراء بعين المال فالعقد باطل وان كان بثمن في الذمة [illegible] في حق

الولي واما اذا اشترى شيا سليما فحدث به عيب قبل القبض
فان كان الحظ في الابقا امسكه وان كان في الرد رده فان ترك
الرد بطل ان كان العقد ورد على ثمن في الذمة انقلب الشرا الى
الولي وان كان قد اشترى بعين مال الطفل بطل العقد هذا حكاه
المتولي وفي الوسيط في باب التفليس انه ليس له الرد اذا كان
يساوي اضعاف الثمن ولا يطالب بالارش فان الرد في حقه
ممكن وانما منع الامساك مع الامكان للمصلحة وحكى الامام
منع الرد ايضا فيما اذا كان يطلب باكثر من ثمن المثل على الكلام في
سلامة العقد ولم يفصل واحد منهما بين ان يكون العيب موجودا عند
العقد او حدث بعده قال فان اخر الرد من غير عذر سقط من
الرد لانه خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور
كخيار الشفعة وقولنا ثابت بالشرع احتراز عن خيار الشرط وقولنا
لدفع الضرر عن المال احتراز عن خيار الايلاء واستيفاء القصاص
والامة تعتق تحت عبد على راي وكذا العنة والعذر المبيح للتاخير ان
يطلع على العيب وهو ياكل او يصلي او في حاجته او اطلع عليه
وقد دخل وقت ذلك فاشتغل به وكذا لو لبس ثوبا او اغلق بابا
وكذا لو بلغه وهو ممنوع بغيبة او مرض فان حقه باق الى ان يزول
المنع صرح به الماوردي ولو وقف عليه ليلا فله التاخير الى ان
يصبح صرح به الماوردي وغيره وفي التتمة انه اذا اشتغل في الوقت من
حضور مجلس الحكم ولا من احضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا
من احضار البايع بل لا بد علمه اصحابنا قالوا لا بد ان يقول في
الوقت فسخت العقد لانه قادر عليه فاذا لم يفعل سقط حقه من
الرد وينبغي ما حكيناه اولا الى قول القفال وقد ارسله في الارشاد
الشاشي في حليته واذا التقى العبد في يد البايع بعد العقد ولم

بعذر فاخر

بعذر فاخر المشتري الفسخ لم يبطل حقه بل لو صرح باسقاطه
لا يبطل قال الامام في كتاب السلم وعد ابعد بعض اصحابنا وقال
انه يبطل اذا ابطله وجهل المشتري بثبوت الخيار او بكونه على
الفور مع اطلاعه على العيب ليس بعذر الا ان يكون حديث عهد
بالاسلام او نشا في برية وفي الزوايد في كتاب النكاح ان صاحب الفروع
قال اذا ادعى المشتري الجهالة بالرد بالعيب بل يعذر على قول
كالامة اذا ادعت الجهالة بالحكم واعلم ان كيفية الرد على ما
فهمه الرافعي من كلام الاصحاب ان البايع ان كان في البلد رد عليه
بنفسه او بوكيله وكذا لو كان وكيله حاضرا ولو ترك الاشتغال به
الرد ما لسلامه على البايع فلو تركه في البلد ورفع الامر الى الحاكم لم
يضر وان كان غايبا عن البلد رفع الامر الى الحاكم قال القاضي في فتاويه
فيدعي شراه ذلك من فلان الغايب بثمن معلوم وانه اقبضه الثمن وقد ظهر
لي به عيب وقد فسخت ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي
ويحلفه القاضي مع بينته ثم ياخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ويبقى
الثمن في ذمة الغايب فيقضيه له القاضي من ماله وان لم يجد له سوى المبيع
باعه فيه واذا لم يلقه الى الخصم او القاضي في الحالتين وعجز عن الاشهاد بتاني الابان
على الفسخ هل يلزمه ذلك فيه وجهان منقول المتولي عن منهما اللزوم
ومحل الخلاف فيما اذا اخر لعذر مرض وغيره وان عجز عن الاشهاد فهل
عليه التلفظ بالفسخ فيه الخلاف السابق والصحيح عند الامام والبغوي
انه لا حاجة اليه وفي الوسيط ان البايع ان كان حاضرا رد عليه وان
كان غايبا تلفظ بالرد واشهد شاهدين فان عجز حضر عند القاضي
واعلمه الرد ولو رد الى القاضي والخصم حاضر فهو مقصر واشار
الامام الى الخلاف في هذه الحالة وقال ان هذا ظاهر المذهب لكنه

اذ

ذكر في الشفعة ان الشفيع لو ترك المشتري وابتدر الى مجلس الحكم
واستعدى عليه جهوّق مطالبة المشتري لانه ربما لا حوجه احرا
الى المرافعة وحينئذ معا وجهين فيما اذا اعلن من الاشهاد وتركه
ورجع الى القاضي وهذا يدل على ان المضي الى القاضي اقوى من لقي
الخصم وان الاشهاد اقوى من المضي الى القاضي على وجه ومساوٍ
له على وجه والمذهب هاهنا العكس ان لقيا الخصم اقوى من
الاشهاد والاشهاد اقوى من المضي الى القاضي قلنا مثل وعدّ ابدا
الرافعي اشكال هذا الترتيب على غير هذا النحو وشرط مع المبادرة
الى الرد ان لا يستعمل المبيع مثل التمكن من الرد فان فعل بطل حقه
من الرد الا ان يكون جرت العادة بمثله من غير المالك كقوله للجارية
المبيعة وقد وقف على عيبها اغلقي الباب او ناوليني الثوب او ما
جرى مجراه فانه لا يضر عند الماوردي والاشهر عند غيره انه لا فرق
ولو كان المبيع دابة فحين علم بعيبها ركبها ليردها فان عسر ردها
الا به لم يضر والا فوجهان قال ابن سريج منهما ان ذلك لا يمنع الرد كما
حكاه عنه الماوردي وهو المذهب في المهذب وطردهما فيما اذا علفها او
او سقاها في الطريق وفي الحاوي بطل بذلك حقه وفي الشامل انه لو
حلب المبيع في طريقه لم يضر لان اللبن له فاذا استوفاه في حال
الرد جاز كمنافعها واطلق الروياني جواز الانتفاع في الطريق مطلقا
وصرح به ابن الصباغ حين روى عن انه جائز ومن الثوب وفي
الرافعي انه لو اطلع على عيب الثوب وهو لابسه في الطريق متوجه
للرد ولم ينزع فهو معذور قال وان لم يعلم بالعيب حتى حصلت له منافع
وزوائد حدثت في ملكه اي كالولد والثمرة والكسب استحقها وردّ
الاصل اما في الكسب فبالاتفاق على ما حكاه القاضي ابو الطيب

وغيره والاصل فيه ما روى الشافعي بسنده عن مخلد بن
خفاف انه ابتاع غلاما فاستغله ثم اصاب به عيبا
فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته فاحتج عروة عن
عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان
فرد عمر قضاءه وقضى لمخلد برد الخراج واما في الباقي فبالقياس
على الكسب وادعى القاضي ابو الطيب ان قول عائشة قضى النبي صلى الله عليه وسلم
ان الخراج بالضمان دال عليه اذ لم يفرق بين الكسب والولد
والثمرة فهو على عمومه واحتج من لم يخالف من البائع او في يد
المشتري واطلاق العراقيين يدل على انه لا فرق بين ان يقع
الرد قبل القبض او بعده وفي طريقة المراوزة وجه ان الرد
اذا وقع قبل القبض كان رفعا للعقد من اصله وربما طرد
طرد فيما بعد القبض ايضا على ما اقتضاه كلام محلي فيكون
الزوائد للبائع ومثله اثبت في مجموع المحاملي في مسألة عيب البطيخ
الجزم بانه اذا رد بالعيب انفسخ العقد من اصله وصار كانه
تمسك للشيء بالسوم واعلم ان رد الام دون الولد ممنوع في
غير الادمي او حمه والمسبوق بالاطلاع على العيب فيه الا بعد
استيفاء الولد الى سن يجوز التفريق فيه اما اذا لم يبلغه اليه ففي
جواز الرد وجهان اصحهما في تعليق القاضي ابي الطيب وعدم الجواز
ايضا والثاني لا يرد وبرجع بالارش وقول الشيخ حدثت في ملكه
احترز بلفظ الحدوث عما اذا اشترى حيوانا حاملا ووضع في
ملكه او نخلا وعليه طلع مؤبر ثم اثبر في ملكه فان في ذلك
خلافا مبنيا على انه يقابله قسط من الثمن ام لا فان قلنا
يقابله رده مع المبيع والا فهو كما لو حملت به في ملكه او

الطلع الحمل من ملكه هذا ما حكاه الاصحاب هاهنا وفي
الرافعي في الصداق انه لو اصدق زوجته امة حاملا وطلقت
قبل الوضع ثم طلقها وقلنا الحمل يقابله قسط من الثمن انه يسلم
للمراة ولا حق للزوج في نسبته على وجه لان هذه زيادة ظهرت بالانفصال
ولا قيمة له حالة الاجتنان قلت ومن مقتضى هذا التعليل ان
يجي هذا الوجه هاهنا واحترز بالصحيح عما اذا اشترى
شاة وعليها صوف مجزوز فانه يجب رده معها وان استحق عليه
قبل الرد وقد صرح به القاضي الحسين قبيل باب المصراة ولو اشترى
الجارية حائلا او البهيمة ثم حملت حمل الجارية في يد المشتري ولم
يعلم بها الحمل الا في يد البائع وذلك الا انفصاله الحادث في ملك المشتري ولم
يبق فهل يرد الحمل والثمن في الرد او يبقيان على ملك المشتري فيه
وجهان في النهاية وفي الخبر انه اذا رد المبيع بالعيب استرد الثمن ان
كان باقيا وورد العقد على عينه وان ورد على ما في الذمة وقبض
في المجلس او غيره فحكاه الرافعي في نظيره من الصداق فهل يتعين
فيه وجهان المذهب التعين نعم لو كان الثمن الذي في الذمة الفا
فاخذ عنه ثوبا ثم رد عليه المبيع بالعيب فهل يتعين عليه رد الثوب
او الالف المنقول عن القاضي ابي الطيب انه يرجع بالثوب لان الثوب
انما ملكه بالثمن فاذا انفسخ البيع وسقط الثمن عن ذمة المشتري
فسخ بيع الثوب به وقال الاكثرون يرجع بالالف وماخذ هذا
الخلاف يأتي في باب الحوالة انشاء الله تعالى قال وان قال البائع انا
اعطيك الارش عن العيب لم يلزمه قبوله لانه لم يرض الا بتسليم
سليم بجميع الثمن فلا يلزمه المعيب ببعض الثمن قال وان طالب
المشتري بالارش لم يلزم البائع لانه لم يبذل المبيع الا بكل الثمن فلا

يجبر على

فلا يجبر على تسليمه ببعض الثمن قال وان تراضيا على اخذ
الارش اي مع كونه لا مانع من الرد فقد قيل يجوز لانه خيار يسقط
الى مال وهو اذا حدث عنده عيب وتعذر رده لاجله وما
يسقط الى مال يجوز التراضي على اسقاطه بمال اصله القصاص
وهذا ما اختاره ابن سريج قال وقيل لا يجوز لانه خيار جعل للفسخ
البيع فلا يجوز التراضي على اسقاطه بمال اصله خيار المجلس وخيار
الشرط وهذا هو ظاهر المذهب والصحيح ويخالف القصاص لان
للولي ان يعفو عن القصاص على مال من غير رضا القاتل ولا يجوز
هاهنا ان يعوض من غير رضا البائع فعلى هذا هل يسقط الخيار ينظر
ان كان المشتري عالما بفساد هذا التراضي بطل خياره والا فوجهان
اصحهما في تعليق ابي الطيب وغيره انه لا يسقط تنبيه الارش في اللغة
عبارة عن التارش وهو الاغراء على الشيء وفي الشرع عبارة عن الشيء
المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت وهو جزء من الثمن يختبر
باعتبار القيمة كما سيأتي قاله الجيلي قال وان اشترى عبدين في
صفقة واحدة ووجد باحدهما عيبا فاراد رده وامسك
الاخر ففي احد القولين هذا الخلاف ماخذه قولي تفريق الصفقة
في الدوام فان قلنا انه جائز او اراد العبدين بالرد رضي البائع او
لم يرض ويجوز ايضا ردهما وفي الوسيط وجه انه لا يجوز ردهما الا اذا
كانا معيبين وان قلنا بعدم جواز تفريق الصفقة فلا يجوز فلا يجوز
الا ان يرضا البائع كما صرح به الماوردي وابو الطيب وحكى الامام
في باب تفريق الصفقة وجها انه لا يجوز وان رضي البائع قال العراقي
وهو الاحسن له ردهما جميعا على هذا القول بلا خلاف ثم مقتضى
هذا البناء ان يكون الصحيح جوازا وافراد المعيب بالرد لان الصحيح جواز

المذكور

تفريق الصفقة لاسيما في الدوام لكن الاصح من القولين هنا كما
حكاه الماوردي وهو ظاهر المذهب في تعليق الشيخ ابي حامد والقاضي
ابي الطيب المنع تفريعا على قول الجواز استرداد قسط من الثمن بلا خلاف
والرابع هو ارش التبعيض ايضا صرح به الامام وغيره من الطريقين
وعلى قول المنع اذا لم يردهما فلا ارش له لامكان ردهما معا صرح به
القاضي الحسين في باب تفريق الصفقة وابو الطيب هنا وفي ابن
يونس ان الغزالي قال يرجع بالارش ولم اره في الوسيط الا اذا تلف
احد العبدين كما سنذكره في تعليق ابي الطيب وعلى قول المنع ايضا اذا
رد المعيب لم ينفذ وحكى الشيخ ابو علي وجها ان رد المعيب يتضمن ردهما
معا ولو كان السالم من العيب تالفا ففي جواز رد المعيب قولان مرتبان
واولى بجواز الرد ولم يرتبهما ابو الطيب في تعليقه فان منعناه تعين له
الارش كما ذكرناه ولو لم يكن التالف ولكن كان قد باعه ففيه القولان
ايضا فان منعنا الرد فهل له الارش فيه وجهان في الحاوي ينبنيان
على قول ابي اسحق وابن ابي هريرة كما ستعرفه وقد حكاهما القاضي
في شرح الفروع ولو رد قيمة التالف على قول المنع واراد ردهما
مع القائم فوجهان مرتبان اولى بالمنع كذا رتبه المراوزة وانكر القاضي
ابو الطيب عليه جواز رد قيمة التالف وقال ذلك مخالف لنص الشافعي
وطريق الشيخ ابي حامد اجراء القولين فيما اذا اطلع على عيب بالعبدين ثم
هلك احدهما بعد القبض فهل له رد الباقي فان قلنا بجواز تفريق الصفقة
رده بالحصة والا فلا ورجع بالارش اما اذا اطلع على عيب باحدهما
فردهما ممكن فليس له الا ردهما او امساكهما ولا نزاع في انه لو
كان المبيع زوجي خف او باب فليس له رد احدهما لما في ذلك من
التشقيص وكذا لو كان المشتري عبدا واحدا فاراد رد بعضه فان

الفرع

في مسئلتي الخف والباب وقد ارتكب بعضهم طرد القولين فيهما وفي
النهاية ان الشيخ قال رايت لبعض اصحابنا في العبد الواحد ان المسئلة
تخرج على قولين وقد استهزأ الصاحب التقريب وهو خطا عندي والذي
ذكره الائمة انه لو اشترى عبدا وباع نصفه ثم اطلع على عيب فلا يتمكن
من رد النصف الباقي مع ضمه ارش التبعيض فهو مندرج تحت
التفاصيل في العيب القديم والحادث اشار الى ذلك الامام وجزم به القاضي
ابو الطيب في هذه الصورة ايضا انه لا يرد ولكن هل يرجع بارش النصف
الباقي فيه وجهان حكاهما في شرح الفروع اما اذا كان البائع للعبد
مالكين او وكيلين عنهما وجوزناه جاز له افراد العبدين من
واحد صرح به الامام في العبد الواحد وهو هنا اولى وحكى صاحب
البحر في باب الشركة ان العبد الواحد لو كان لشخصين فوكل احدهما
صاحبه في بيعه نظر ان صرح عند البيع بان له شريكا فيه فللمشتري رد
نصيب احدهما وان لم يصرح فهل له الرد فيه وجهان احدهما لا لان متولي
العقد واحد **فرع** اذا قلنا برد العبد الباقي من العبدين وحده بعد
تلف احدهما واختلفا في قيمة التالف فالقول قول البائع على الاصح
لانه مالك لجميع الثمن وقيل القول قول المشتري لانه غارم قاله ابو الحسن
قال وان اشترى اثنان عبدا اي من مالك واحد فوجدا به عيبا
جاز لاحدهما ان يرد نصيبه دون الاخر لانه ينفرد بالغرم جميع ما لزمه
ثمنه فجاز له الرد كالمشتري الواحد وهذا ما نص عليه في كتبه الجديدة
على ما حكاه الامام ومنه يوخذ ان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري
كما حكينا من قبل انه الاصح وحكى الامام والماوردي عن ابي ثور انه حكى
عن الشافعي انهما ليس لهما الا ردها او امساكها وليس لاحدهما
ان ينفرد برد حصته احتجاجا بان المبيع خرج عن يد بائعه صفقة

واحد فلم يجز تبعيضها عليه برد بعض الصفقة لمشتري الواحد ومن
هذا اخذ ان الصفقة وان تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام لكنه
خرج بعد ذلك الا ان على قول المنع لو كان المبيع من ذوات الامثال كالصاع حنطة
مثلا وقد اقتسماه فهل لاحدهما رد ما اخذه لما اطلع به على العيب
اختلف الاصحاب فيه والخلاف ماخوذ من المعنيين في توجيه قول المنع
فان كان التعويل على اتحاد الصفقة فلا فرق وان وقع التعويل على ان
التبعيض عيب حادث فهذا لا يتحقق في الحنطة ونحوها فعلى هذا
يجوز ومقتضى التعليل الثاني منع اخذ اتحاد الصفقة من هذا النص والله اعلم
التفريع ان قلنا بالجديد من ان لاحدهما رد نصيبه ليسترجع ما دفع ففيه وجهان
اصحهما ان الشركة بين المشتريين قد بطلت بالرد فيكون نصف العبد
للمستقل وللراد نصف الثمن والثاني ان الشركة بينهما على حالها لانه لم
يكن بينهما قسمة فعلى هذا النصف العبد بينهما ونصف الثمن المسترجع
بينهما حكاه الماوردي **قلت** ويظهر انه محمول على ما اذا كان الثمن
مشتركا بينهما اما اذا لم يكن فلا وجه لذلك وان قلنا بالقديم فهل
لمن اراد رد حصته الارش ينظر ان كان المبيع عبدا وقد اعتق الشريك
حصته وهو معسر رجع به وان لم يكن قد اعتق الحصة او كان المبيع
غير رقيق نظر فان اجاز الشريك ابقاء العقد فرجوع الاخر بالارش
ينبني على انه لو ملك نصف المجبر واراد رد مع نصيبه ان يرجع بما
يقابل حصته من الثمن لا غير فهل يجبر البايع على القبول فيه وجهان
فان قلنا لا رجع بالارش وان قال انا اقبله وان قلنا نعم فهل يرجع
بالارش فيه وجهان الاصح في النهاية انه يرجع ايضا وان غاب الشريك
ولم يبطل حقه فقد نقل صاحب التهذيب وجهين في انه هل يرجع
بالارش للحيلولة الناجزة او لا يحكم لعدم ما ذكرناه فيما لو

من

اصحهما صح

كان البايع او المشتري او كلاهما وهذا لكن مع ملاحظة ما
ذكرناه في اتحاد الصفقة وتعددها في باب ما يجوز بيعه **فرع** لو
كان البايع والمشتري واحدا فمات المشتري وخلف وارثين فليس لاحدهما
رد نصيبه على الاصح لكن يجب له الارش عند اجازة الاخر على احد
الوجهين حكاه مجلي في زوائد العمراني في خيار المجلس وفي الرافعي حكاية
وجه انه يجوز ان يرد نصيبه لانه رد جميع ما له والمذكور في هذا
الفرع في الحاوي ان البايع مخير بين ان ياخذ نصف المبيع ويعطي نصف الثمن
وبين ان يعطي نصف الارش وحكم الموكلين لو اوكل في شراء عين واحدة في
الرد والاجازة واخذ الارش عند الرافعي تفريعا على ان الاعتبار
بالعاقد حكم الوارثين ولو كان المشتري واحدا لكنه لنفسه ولموكله
وقد صرح بذلك في العقد فهل لاحدهما ان ينفرد برد نصيبه فيه وجهان
احدهما وهو اختيار ابي اسحق لا لاتحاد الايجاب ويخالف ما اذا باشر
الشراء لانه لو انكر المذكور انه امره بالشراء كانت الصفقة لازمة
للمتولي الشراء فالصفقة واحدة والا لتفرقت اذا انكر الاخر والثاني
وهو الاصح وبه قال ابن ابي هريرة ان له ذلك لانهما بالاذن صارا كانهما لو
باشرا او اوجب لهما حكاه صاحب البحر والقاضي ابو الطيب في كتاب
الشركة **قال** وان وجد العيب وقد نقص المبيع عند المشتري اي لا
بسبب وجد في يد البايع بان كانت جارية بكرا فوطيها او ثوبا فقطعه
سقط حقه من الرد اي سواء دفع معه ارش العيب الحادث او لا اما اذا
لم يرده فلما في ذلك من الاضرار بالبايع واما اذا رده فلان ذلك العيب حدث
في المبيع لا لاستعلام العيب ففي جواز المنع من الرد كما اذا اقطع طرف
العبد في يد المشتري ثم وجد به عيبا قديما فانه لا يجوز له رده بالاجماع
على ما حكاه ابو الطيب وقولنا لا لاستعلام العيب احترازا عما استدل
به ابو ثور على جواز الرد في هذه الصورة وهو رد الصاع من التمر في المصراة

فان النقص بهذا خارجاً من جهة استعلام العيب على ان المردود
ليس بدلاً عن العيب بل عن اللبن وفيه احتراز عن مسألة البطيخ
وفي تعليق القاضي الحسين حكاية وجه موافق لمذهب ابي ثور مخرجاً
مما حكيناه فيما اذا اشترى فوجد باحد العبدين عيباً وكان الباقي تالفاً
ان يفسخ العقد فيهما ويرد الباقي وقيمة التالف وفيما اذا اشترى
ما لا يوقف على عيبه الا بكسره فان له الرد بعد الكسر واعلم ان ضابط ما
يمنع الرد كل ما اذا احدث بيد البايع اثبت الخيار الا اذا كانت جارية
مزوجة فوطئها الزوج قبل الدخول ان رد كسبها بعيب فان ظاهر ما
حكاه الروياني وصرح بالسبح للعيب المثالين لمقتضى مسألة قطع الثوب
على مسألة الجارية بجامع ما اشتركا فيه من نقص القيمة بفعل مضمن
وقد وافق ابو حنيفة في الجارية ومنع في الثوب لهذه العلة **قال** وله ان
يطالبه بالارش اي اذا لم يرض البايع بالمبيع معيباً لتعينه طريقاً الى دفع
الضرر وشرط من ذلك اعلام المشتري البايع على الفور حتى لو اخر من غير
عذر بطل حقه من الرد والارش الا ان يكون العيب الحادث قريب الزوال غالباً
كالرمد والحمى فلا يجب الفور في الاعلام على احد القولين والحق القاضي
ابو حامد الامة الحامل بذلك فلا يجوز له امساكها الى حين الوضع فيردها
ان لم ينقصها الولادة وجعل الماوردي هذا القول مبنياً على ان الحمل
يقابله قسط من الثمن فلا يمنع الام في الرد **قال** فان قال البايع انا اخذه
منك معيباً اي من غير ارش سقط حقه من الارش وله الرد لان العدول
عن الرد الى الارش كان نظراً للبايع فاذا رضي بالرد سقط الارش وهذا
الحكم فيما لو كان المبيع عصيراً حلواً فاطلع على عيبه بعد ان صار
خمراً ثم خلاً فان للبايع ان ياخذه ولا يعطي الارش صرح به الماوردي
اما اذا رضي به معيباً مع ضم الارش اليه ففي سقوط حق المشتري
من الارش ان لم يجبه وجهان ينبنيان على القولين فيما لو اشترى ما لا

يطلع عل

يطلع على عيبه الا بكسره وقلنا لا يمتنع الرد بالكسر هل يلزمه
ارش الكسر اذا فسخ العقد فان قلنا نعم فاذا امتنع من بذل
الارش سقط حقه من الارش والا فلا قاله القاضي الحسين وهذا
اذا لم يحدث للمشتري في الثوب غير القطع اما لو خاطه فله الارش قاله
الماوردي فلو تنازعا فدعى احدهما الى الرد مع ارش العيب الحادث
ودعى الآخر الى الامساك مع غرامة ارش القديم فحاصل ما اشتمل عليه
كلام الاصحاب وجوه احدها ان المتبع راي المشتري ويروى عن ابي ثور
انه نصه في القديم والثاني ان المتبع راي البايع والثالث وهو الاصح ان
المتبع راي من يدعو الى الامساك والرجوع بارش العيب سواء كان البايع او
المشتري اما اذا كان سبب العيب الحادث في يد المشتري موجوداً في يد البايع
فان اختفى في يد البايع فانتقص منه في يد المشتري فقد ذكرنا ان المذهب
ان ذلك ليس مما يمنع الرد خلافاً لابن سريج ويلتحق بذلك اذا اشترى جارية
بكراً مزوجة فافتضها الزوج في يد المشتري وقياسه انه اذا اشترى
جارية حاملاً فوضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ان يخرج على الو
وتوبين ان لم ينقص حتى فيما اذا اصدق زوجته جارية حاملاً فحملت في يده
ووضعت في يدها ثم طلقها فالنقص الحاصل منسوب اليه او اليها
وجهان وقد جزم الماوردي فيما ذكرناه بانه ليس له ردها **فرع** لو
وهب المشتري الثمن ثم اطلع على عيب بالمبيع لم يجز له طلب بدل الثمن على
قول وامتنع بسببه رد المبيع عند بعضهم لخلوه عن الفائدة على ما
تضمنه كلام الغزالي في باب الصداق وجزم به القاضي الحسين بجواز الرد
فيما اذا كان قد ابرأه من الثمن وفائدته التخلص عن حفظ المبيع حكاه في
باب المصراة واعلم ان الطريق في معرفة الارش ان يقوم المبيع سليماً فاذا
قيل مائة قوم معيباً فاذا قيل تسعون عرفنا ان النقص عشرها

جهين

البايع

امراه

العشر فيرجع بعشر الثمن ان كان معلوما وان كان مجهولا
فبعشر ما يتفقان عليه وان اختلفا قال الجيلي فيتخرج على قولين
احدهما ان القول قول البايع لانه غارم والثاني قول المشتري لان
البايع يدعي استقرار ملكه على مقدار ولا يقبل قوله مع يد والحق القديم
ثم القيمة باي حال تعتبر حاصل ما قيل في ذلك اربعة اقوال احدها
وقت العقد وهو ما حكاه مجلي عن العراقي عن رواية عبد العزيز بن
مقلاص والثاني وقت القبض وهو ما عزاه الرافعي الى رواية ابن مقلاص
والثالث هو الاصح والذي جزم به الشيخ في المهذب القاضي ابو الطيب
والماوردي اقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض لانها ان كانت يوم
البيع اقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري وان كانت يوم القبض اقل
فما نقص من ضمان البايع وعبر في النهاية عنه بانا نراعي ما
هو الاضر بالبايع في الحالتين فان الاصل عدم استقرار الثمن
وفي المرشد انه اي القيمتين تقوم فهو جايز تسوا العقد وقيمته من حين
العقد الى حين القبض واختلفت لان العيب اذا اثر في نقص عشر
القيمة من كثير القيمة اثر ايضا في نقص العشر من قليل القيمة
فلا فايدة لاعتبار اقل القيمتين قلت وهذا معنى قول الشاشي
ولا يظهر عندي لاعتبار ذلك فايدة وانما يعتبر قيمته وقت العقد فيما
قاله نظر فانه قد يقوم في حالة العقد سليما بعشرة ومعيبا
بثمانية وقد يقوم في حالة القبض سليما بعشرة ومعيبا بتسعة
فيكون الواجب عند من اعتبر اقل القيمتين التي تضر بالبايع الخمس
من الثمن وعند من راعى وقت القبض العشر من الثمن وذلك فايدة
لا تخفى والله اعلم ثم هذا فيما يرجع به المشتري على البايع من
ارش العيب القديم اما ما يرجع به البايع على المشتري من ارش

او القول

بلا يد

العيب الحادث

العيب الحادث فيقوم وبه العيب القديم ويقوم وبه العيب
القديم والحادث ويجب ما بينهما وباي وقت يعتبر القيمة
حكمه حكم السوم وفيه عند العراقيين وجهان اظهرهما
حين حدوث العيب والثاني اكثر ما كانت من حين القبض الى
حين حدوث العيب وابدى مجلي في وجوب ما بين القيمتين احتمالا
وقال الفسخ عندنا رفع العقد من حينه لا من اصله واذا كان
هذا فقد وجد العيب في يده وهو مضمون عليه بالثمن ففوات
ذلك الجزء مضمون بجزء من الثمن يختلف بنسبة المنقوص تقويما
ولا يعتبر قيمته قال وعلى هذا يكون حكمه حكم ارش المشتري .
قلت وهذا ما صرحنا به نقلا عن القاضي ابي الطيب في شرح الفروع
وغيره في باب ما يتم به البيع وبعضه ان غريم المفلس اذا رجع
في العين وقد نقصت بفعل مضمون ضرب مع الغرما بقدر ارش
النقص من الثمن فرع لو باع من ابيه او ابنه فوطيها ثم اطلع
على عيب بها بعد الاستبرا كان له ردها وكذا في كل ما يجري في يد
المشتري مما يقتضي تحريما مؤبدا من رضاع وغيره وفي حلية
الشاشي في كتاب النفقات حكاية عن الحاوي عن العراقيين من اصحابنا
ان الاب اذا وطي جارية الابن يجب عليه قيمتها بسبب تحريمها على الابن
فان صح هذا عن العراقيين من اصحابنا فيتجه ان يكون وطيه مانعا
من الرد من طريق الاولى وسياتي لنا وجه قريب منه لو كان المبيع غزلا
فنسجه المشتري ثم اطلع على عيبه كان له الرجوع بارشه فان
رضي البايع بعيبه فهل له ذلك حكاهما ابن سريج احدهما ان المشتري بالخيار
في رده منسوجا ولا اجرة له وان شا امسكه معيبا والثاني ان
البايع ان بذل اجرة النسيج كان له استرجاع الغزل منسوجا

جاريه

وان بي لو منه الارش حكاه الماوردي في لو دان المبيع دابة
فانعلها فان لم ينقصها فلقعه كان له ذلك والرد بعده وان
نقصها فقلع سقط حقه من الرد والارش اذا كان بعد
العلم بالعيب ولو ردها مع النعل ولم يحصل به نقص اجبر
البايع على قبول النعل لانه محتقر لكن هل يملكه فيه وجهين
لو سقط استمر ملكه او المشتري اعرض عنه حتى لو سقط عاد
اليه فيه وجهان اشبههما الثاني في لو دان المبيع ثوبا فصبغه
ولم يمكن فصل الصبغ منه وزادت قيمته فان رده ولم يطلب
قيمة الصبغ اجبر البايع على القبول وصار الصبغ ملكا له
فان صفة الثوب لا تزايله ولا اصابر الى انه يرد الثوب ويبقى
شريكا بالصبغ كما في الغاصب لان الشركة عيب حادث وان اراد
الرد واخذ قيمة الصبغ فالاظهر من الوجهين فيه عدم وجوب
الاجابة وللمشتري الارش ولو طلبه ابتداء فقال البايع رد الثوب
لاغرم لك قيمة الصبغ فمن المجاب منهما وجهان المذكور منهما
في الشامل والتتمة البايع ولا ارش للمشتري وسلك الغزالي
طريقا في الترتيب فقال اذا طلب المشتري قيمة الصبغ فهل يجب
على البايع ذلك فيه رد الثمن فيه وجهان فان قلنا لا فكلفه قيمته
فهو عيب حادث فتعود الاوجه الثلاثة في ان يملك شي حادث اولى
او نغرم ارش العيب القديم وما قاله يحتاج الى تامل فان الاوجه
لا تعود مع قولنا انا لا نكلفه قيمة الصبغ اذا جرها انا لا نكلفه
قيمة الصبغ وانما الاوجه الثلاثة لعلها في اصل المسئلة من غير
هذا الترتيب ووجه مشابهة هذه المسئلة بمسئلة العيب الحادث
ما اشار اليه الغزالي ان ادخال الصبغ في ملك البايع مع انه دخيل

والعقد

فيه

بلون في

٢٢٩

في العقد كادخال الارش الدخيل وعلى هذه الصورة
بادخال قيمة الصبغ في ملك المشتري واخراجها من ملك
البايع قال الرافعي ورتبها الوجه الثالث لا معنى دخل لحينه
وسقط بثبوته فقد بينا ان الاصح الوجه الثالث وقضيته
ايراد الائمة ههنا انه لا اجابة للمشتري اذا طلب الارش في
اذا قصر الثوب ثم اطلع على عيبه فان قلنا ان القصارة بمنزلة
العين فهي كالصبغ وان قلنا انها بمنزلة الاثر فرد الثوب ولا
شي له كالزيادات المتصلة في اذا اخذ الارش عن العيب القديم
ثم زال الحادث فهل له رد المبيع والارش فيه وجهان ولو لم ياخذه
ولكن قضى القاضي بثبوته فوجهان بالترتيب واولى بالجواز ولم
الاصح تراضيا ولا قضا فوجهان بالترتيب واولى بالجواز وهو الاصح
في هذه الصورة ولو عرف العيب القديم بعد زوال الحادث كان له
رده وفيه وجه ضعيف ولو زال القديم بعد اخذ ارشه رده ومنهم
من جعله على الوجهين ولو كان القديم والحادث من نوع واحد وزال
احدهما واختلفا في الزايل تحالفا فان امتنع احدهما فقضي بيمين الاخر
وان حلفا استفاد البايع بيمينه دفع الرد والمشتري بيمينه اخذ الارش
فان اختلفا في الارش فليس له الا الاقل لانه المستيقن كذا قال الرافعي
وفي الوسيط ان دعواهما على التعارض والقول قول البايع لان الاصل
هو اللزوم وكلام الرافعي فيه يفسر لك ذلك وتتمه قال وان كان لا يوقف
على عيبه الا بكسره اي وله قيمة مع عيبه قبل الكسر بعد كالبطيخ والرانج
فكسر منه قدر ما يعرف به العيب فهو لان احدهما يرده لان النقص حصل
باستعلام العيب فلم يمنع من الرد كحلب المصراه وهذا ما صححه الشيخ
ابو حامد والماوردي واختاره في الوسيط قال ويرد معه ارش ما
المرشد

نقص بالكسر من احد القولين قياسا على المصراة فان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بردها ورد صاع من تمر بدل اللبن فعلى هذا تقوم معيبا بلا
كسر ومعيبا مكسورا ويحط ما بين القيمتين ويحط عنه ما قابله
محلي **قال** دون الاحتراز البايع سلطه على كسره لانه لا يمكن
ادراك صلاحه وفساده الا به فلم يجب عليه رد شي معه قال
الشيخ ولانه قطع قطعا مستحقا فهو كما لو اشترى عبدا مرتدا
مختتنه ثم علم بالعيب وهذا ما صححه الشيخ ابو حامد والبغوي وغيرهما
قال والثاني اي القول الثاني من الاصل لا يرد لانه حدث في يده نقص
فوجب ان يسقط رده بالعيب كما لو اشترى ثوبا فقطعه **قال** بل
يرجع بالارش ان كان لما بقي قيمة اي بعد الكسر كالبطيخ الذي حمض
بعضه وكالجوز واللوز والرانج وبيض النعام لتعينه طريقا لدفع
الضرر وهذا ما صححه المزني والبغوي وغير بعضهم مما استدل به
صاحب القول الاول من خبر المصراة فان اللبن قابله قسط من
الثمن ومع هذا منع الشرع رده لما حصل فيه من عيب في يد المشتري
وان كان لاستعلام العيب وعلى بعد ان يقول القايل الاول امتناع الرد
ليس لذلك بل لاختلاطه بملك المشتري وجهل قدره فيقال له ذلك
مبطل لما استدل للتمسك لانه يصير في المحل امران يحتمل امتناع الحكم
بسبب كل منهما فلا يتعين ما ذكر لكن له ان يبني على دليله الاول
ويقول ايجاب الشرع للتمر في مقابلة اللبن يدل على انفساخ العقد
فيه اذ لو لم يحصل ذلك لكان الواجب في مقابلته قسطا من الثمن كما
اذا وجد باحد العبدين عيبا ورده وقلنا الحكم الاخر ودونه فسخ
العقد فيه لم يوجب الشرع رده لعدم العلم بقدره واختلاطه
بغيره وقد ذكر عن ابن سريج جوابا من ذلك في مسالة ظهور العيب بالحلي

عند الاختصار

وقد حصل في المسالة ثلاثة اقوال عند الاختصار لا يرد ويرجع بالارش يرد
ويرد ارش الارش قال الامام وهذا هو الذي يتميز به هذه المسالة
عن العيب الحادث في يد المشتري بتنزيله على الخلاف الذي
حكيناه عن القاضي في ضم ارش العيب الحادث **قال** وان لم يكن له قيمة
اي قبل الكسر كبيض الدجاج الفاسد والجوزة الفارغة والبطيخة
الدابرة الحامضة رجع بالثمن كله جزما او على الاصح لانه تبين بطلان البيع فان
ما لا قيمة له لا يصح بيعه كالحشرات ونحوها وعبر بعضهم بلفظ الشيخ ان
هذا التفريع على القول الثاني فيكون الثمن كله ارشا حتى تبقى القشور
مختصة بالمشتري يجب عليه تفريغ الارض منها كما حكي عن جواب القفال
لما حدد رشيه وغيره وليس هو كذلك بل المشهور في طريق العراق ما ذكرناه
اولا وهو الصحيح في غيرها وادعى الامام فساد غيره اما اذا كسر
منه قدرا لا يمكنه الوقوف على الفساد الا بما قل منه كما اذا شق البطيخة
نصفين وكان له قيمة وكان له قيمة بعد قبل قطع الرد قولا واحدا وهو
الصحيح وبه قال ابو حامد المروروذي وجمهور اصحابنا وحكى ابو اسحق
المروروذي انه على القولين وطرد بعضهم في حموضة الرمان وحلاوته التي
يتعرف بها وهذا البطيخ بادخال مسلة دون ما يتعلق بها ومعرفة فساد
الجوز واللوز والرانج ونحوها بالبطيخ بالكسر اما حموضة الرمان
المعروفة وحلاوته فليست بعيب ولا خيار بفواتها الا ان تشترط وعلى
ذلك يحمل ما قاله الرافعي وغيره **تنبيه** البطيخ بكسر البا ويقال طبيخ بتقديم
الطا لغتان وممن ذكرهما ابن فارس **فرع** اذا اشترى ثوبا مطويا على
طاقين ملتصقين مثل السحنباني فنشره واطلع على عيبه فان
النشر ينقصه فحكمه في الرد وغيره حكم الرانج صرح به العراقيون
وفي النهاية حكاية عن بعضهم القطع بانه اذا نشر فلا يطلع على

يرد او لا يرد الارش

عن بعض اصحابنا

العيب به لا يمنع الرد قولا واحدا والفرع مصور عند الامام في بيع
الغايب وعند الماوردي وابي الطيب فيما ذكرناه وقد راي كلا من
وجهته وعند الرافعي ايضا اما اذا كان قد راه قبل الطي او بعده وبعد
النشر فان تشوه بين نقصه اكثر من نشره منه وقال ان فيما
حكاه الماوردي تفصيلا وخلافا فاستبق قال وان وقف المبيع او
كان عبدا فاعتقه اي من غير شرط او مات اي قبل العلم بالعيب ثم علم به
رجع بالارش لوقوع الاياس من الرد وتعين الارش طريقا لدفع
الضرر وهكذا الحكم فيما لو ادل المبيع او اتلفه اجنبي وحكى الامام
قبيل كتاب الرهن ان المزني ذهب الى ان الرجوع بالارش لا يثبت
بعد تلف المعقود عليه اما اذا كان العتق مشروطا في البيع فقد نقل
القاضي عن ابي الحسين انه لا ارش له لانه وان لم يكن معيبا لم يكن
لتمسكه ونقل عنه وجهين فيما اذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به
عيبا ولاجل الاحتراز عن ذلك عدل الشيخ عن قوله او كان عبدا فعتق
الى ما ذكره قال القاضي وعندي ان له الارش في الصورتين وفي النهاية
قبيل باب السلم انه يرجع في شرا القريب بالارش ولم يحك سواه وفي هذه
الاحوال التي ذكرناها هل يثبت له الارش بنفس الاطلاع فهو او
لا بد من اختياره حتى لو رده لم يرجع به فيه وجهان اختيار الشيخ
ابي علي منهما على ما حكاه الامام في الكتابة والقاضي الحسين على
ما حكاه ابن الصباغ في السلم الاول وفي الرافعي هاهنا ان الاظهر الثاني
لكنه حكاه فيما اذا كان الثمن في الذمة وجعل وجه النعاس يرجع
الى حصول البراءة بمجرد الاطلاع والارش ماخوذ في مقابلة
فوات سلطنة الرد عند الامام على ما حكاه الامام في الغاية
وقال لو كان الثمن عبدا اخر رجع فيه بقدره وهذه مناقضة ثم
قال والمشهور عندنا ان ذلك عند عدم مقابلة الجزء الفايت
في العقد تعين فيه على اظهر الوجهين وهو ما حكاه في اصل

اذا بطل

ثم اذا بطل العقد فيما يقابله هل يبطل في الباقي المشهور لا وادعاه
الامام بلا خلاف في باب السلام وفي شرح فروع ابن الحداد للقاضي
ابي الطيب في باب السلم اذا ابتاع حنطة معينة بعبد معين وتسلم
الحنطة وتسلم العبد واعتقه ثم وجد بالحب عيبا فقدر الارش
الارش ثم يرجع بقدره من الحنطة واسقط البيع فيه وهل ينفسخ
في الباقي اختلف اصحابنا فيه فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة
ومنهم من قال لا ينفسخ قولا واحدا وانما القولان في تفريق الصفقة اذا
كان العقد لم ينعقد في البعض ومقتضى اي من قال بتخريج ذلك على تفريق
الصفقة انه يثبت الخيار لكن الحط له شيء وقد جزم الامام ايضا بانه لا خيار
له لان هذا حط مستحق شرعا فلا حيف مع حكم الشرع فرع لو كان
المبيع حليا وقد تلف وكان الثمن من جنسه او من غير جنسه فقد
ذكرنا حكمه في باب الربا ولو كان المبيع صاع حنطة بصاع حنطة وتقابضا
فتلف احدهما ثم اطلع على عيب به ففيه ثلاثة اوجه حكاها القاضي الحسين احدها
يرجع بارش العيب من نقد البلد والثاني يسترد من الصاع الاخر بقدر ما يقابله
والثالث يغرم مثل التالف ويسترد ما اعطى في مقابلته قال وان باعه لم
يرجع بالارش هو المنصوص وبه جزم ابو الطيب والماوردي وغيرهما
ولم ذلك قال ابو اسحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وغبن كما غبن
وقيل اي ذلك منصوصا عليه في الخلاف وقال ابو علي بن ابي هريرة لانه لم
ييأس من الرد وعلله منصوصا عليه في اختلاف العراقيين وهو الذي
صححه الشيخ ابو حامد وابو الطيب وفي تعليق القاضي الحسين انه الاظهر
ولهذا الخلاف فائدة تظهر بعد قال وقيل يرجع اي بالارش نظرا الى
العجز في الحال كما لو مات العبد او اعتقه وهذا من تخريج ابن سريج وفي
رواية البويطي ما يقتضيه فعلى هذا لو اخذ الارش ثم رد عليه بعيبه

بالعيب فهل يرده مع الارش ويسترد الثمن ام لا فيه وجهان في
ولس بشي لما ذكرناه واعلم ان الكلام فيما يرجع بارشه من العيوب **قال**
في هذا القسم وما قبله فيما عدا الخصي اما اذا كان العيب القديم هو الخصي
فلا ارش له اصلا اذ لا نقص في القيمة حتى نعتبره من الثمن صرح به الامام
ثم الرافعي وفي تعليله نظر فانه قال لا ارش له ولا رد وقد صرح هو
وغيره بثبوت الرد عند اصحابه بعيب الخصي **قال** وان رد عليه
الثاني بالعيب او وهبه له او ورثه رده اي اذا رجع على المذهب
وهذا من الشيخ اختيار للحكم الثاني كما رجحه الشيخ والقاضي اما
اذا قلنا بالاول فلا رد اذا عاد اليه بالهبة او الارث ويرد اذا عاد عليه
بالعيب وبنى الامام والغزالي الخلاف في الرد عند العود بالهبة او
الارث ونحوه على ان الملك اذا زال ثم عاد فهو
كالذي لم يزل او كالذي لم يعد وفيه جوابان فان قلنا انه كالذي لم يعد فلا رد
وان قلنا يرد ففي الرجوع بالارش في الحال للحيلولة وجهان في القولين
في شهود المال اذا رجعوا وادعى ابن الصباغ ما ذهب اليه طوائف من
المحققين وهو الرجوع بالارش وعلى الوجهين يخرج ما اذا عاد اليه بالبيع
فعلى قول ابي اسحق لا رد له وعلى قول ابي علي له الرد وهو في تعليق
القاضي ابي الطيب وفي تعليق القاضي الحسين انه اذا كان عالما بالعيب
لم يكن له الفسخ لانه لما اقدم على شرائه مع العلم بعيبه صار راضيا
به وان كان جاهلا بالعيب حال الشراء الثاني نظر فان البائع الثاني ان
علم به قبل البيع الثاني واسقط حقه فليس للمشتري ان يرده على
البائع الاول وله رده على البائع الثاني وهل له الرجوع على الاول
بالارش لم يتعرض له القاضي وفي النهاية حكاية قولين فيه عن رواية
صاحب التقريب والاظهر انه لا يرجع وان كان الاخر جاهلا بالعيب

بالعيب

بالعيب نظر ان كان الثمن الثاني من غير جنس الاول او اكثر منه او اقل
رده على البائع الثاني والا فوجهان احدهما يرد على البائع الاول او الثاني
وهو الاصح انه يرد على البائع الثاني وفي الرافعي حكاية وجه ثالث تفريعا على
ما ذهب اليه ابن ابي هريرة انه ان شاء رد على الاول وان شاء رد على الثاني فاذا
رد على الثاني فله ان يرد عليه وحينئذ يرد هو على الاول وعلى الوجهين معا
لو كان قد وهبه هبة لا تقتضي الثواب ثم عاد اليه بالبيع او الهبة او الارث
فهل له رده قولان واحد صرح به القاضي ابو الطيب ومقتضى طريقة الامام
جريان الخلاف ايضا وفي الرافعي حكايته فيما اذا عاد اليه بالهبة لكنه
بناه على انه لو لم يجد هل ياخذ الارش فيه خلاف مذكور في تعليق القاضي
ابي الطيب مبني على قول ابي اسحق وابن ابي هريرة ايضا ان قلنا لا يختلف الرد وان
قلنا ياخذ فيحصل الحق فيه ام يعود الى الرد عند العلم فيه وجهان وان
عاد اليه بالبيع فان قلنا لا رد في الحالة الاولى فلا رد ها هنا ويرد على البائع
الاخير وان قلنا يرد فها هنا يرد على الاول او على الاخير او يتخير فيه ثلاثة
اوجه ومحل الخلاف في عود المبيع اليه بالهبة او الارث كما حكاه الشيخ اذا لم
يخبر المشتري الثاني العيب ورضي بالعيب اما اذا رضي به قال الماوردي
استقر سقوط الارش والرد ولو كان قد وقف المبيع او اعتقه او اتلفه
او حدث به عيب مانع من الرد ففي تعليق ابي اسحق لا يرجع وعلى قول ابن ابي هريرة
يرجع وفي الرافعي حكاية هذا الخلاف فيما لو اعتقه او وقفه او اتلفه
ولم يرجع عليه المشتري الثاني بالارش او ابراه منه اما اذا رجع عليه به
فيرجع وجها واحدا واما في حدوث العيب فنظر ان قبله المشتري
الاول معيبا خير بايعه ان قبله فذاك والا اخذ الارش منه وعن
ابي الحسن انه لا ياخذ واسترداد ان رضي بالعيب وان لم يقبله وغرم
الارش ففي رجوعه بالارش على بايعه وجهان احدهما نعم قال ابن الحداد

انه لا يرجع لانه ربما قبله بايعه لو قبله هو فكان متبرعا بغرامة الارش
وهذا ما جزم به الماوردي والاظهر عند الرافعي انه يرجع لانه ربما لا يقبله
بايعه فيتضرر قال السبكي وعلى الوجهين متى لا يرجع ما لم يجزم الثاني
واعلم ان استيلاد الجارية المبيعة والتدبير مقام عتقها في هذا المعنى
والكتابة ملحقة بها بالترجيح عند المتولي وفي الرافعي ان الاظهر انها كالرهن
وسنذكرهما وفي الحاوي الحاقها بالبيع وتعليق العتق بالصفة والتدبير
لا يمنعان الرد بالعيب نعم لو رجع البائع بالثمن عيبا فرده وكان العبد
المبيع قد دبره المشتري فهل له الرجوع في عينه فيه خلاف مذكور في
باب الصداق من الوسيط والهبة ان قلنا انها تقتضي الثواب كالبيع
وان قلنا لا تقتضيه ففي الحاوي حكاية وجهين على المذهب المنصوص في
البيع مبنيين على العلتين وفي تعليق ابي الطيب الجزم بانه لا يرد وعزى به
تعليل ابن ابي هريرة وعلى تخريج ابن سريج يرجع بالارش والرهن والاجارة
المذكور فيهما في تعليق القاضي الحسين انهما لا يمنعان الرد ولكن في
الحال ام حتى ينفك الرهن وتنقضي مدة الاجارة فيه وجهان فان منعنا
الفسخ في الحال امتنع له الرجوع بالارش وفي الحاوي حكاية وجهين
احدهما لا ارش له وهو مقتضى تعليل ابي علي والثاني نعم وهو مقتضى تعليل
ابي اسحق له الخيار ان شاء تعجل الارش وتسقط حقه من الرد او
يتوقف لينتظر ما يؤول اليه الحال وفي الرافعي ان الحكم كذلك في
الاجارة اذا منعنا بيع المستأجر فان جوزناه ورضي البائع به
مسلوب المنفعة مدة الاجارة رد عليه والا فتعذر الرد وفي
الارش الوجهان وانهما يجريان فيما اذا تعذر الرد لغصب او
اباق وصورته اذا كان قد ابق في يد البائع ثم ابق في يد المشتري كما
صوره ابو الطيب وجزم فيه بعدم الاخذ وايد به ايضا تعليل ابن

وعلى الحكم بمنع الاخذ جواز الصنائع في

ابي هريرة

ابي هريرة والسروجي فمنع الرد بلا رضى البائع ويوجب الارش
لان ليس لغايته امد معلوم والمقاسمة اذا جرت في المبيع قبل
الاطلاع على العيب هل تمنع الرد ان قلنا انها افراز فلا وان قلنا
انها بيع فهي كما لو باع بعض المبيع ثم وجد بالباقي عيبا قال والعيب
الذي يرد به ما يعده الناس عيبا من المرض اي وان قل والعمى ولو في
احد العينين والجنون اي وان كان متقطعا والبرص والجذام اي
وان لم يستحكم والبخر اي الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون من قلح
الاسنان والزنا والسرقة وما اشبه ذلك ومثل التمكين من عمل قوم
لوط او عمله والصنان الذي لا يزول بالاصلاح مخالف العادة وفي
تعليق القاضي الحسين انه لا يعدى ان الصنان لا يثبت الخيار واعتياد
الاباق كما صرح به الغزالي والامام في باب السلم دون المرة الواحدة خلافا
لابي علي الزجاجي والقاضي الحسين وهذا منهما اشارة الى انه لو وجد في
يد البائع ولم يوجد في يد المشتري فهو على الاول والى ذلك اشار
في الاشراف وفي تعليق القاضي الحسين ان محل الرد بعيب الاباق اذا
تكرر منه في يد البائع واستمر ووجد في يد المشتري اما اذا وجد في
يد البائع ثم وجد في يد البائع ثم وجد المشتري بحيث ينقص القيمة لم يرد
لحدوث عيب اخر في يده ويرجع بالارش قال الرافعي والسرقة قريبة
من هذا ومحل الخلاف في الاباق والسرقة ما اذا صدر من بالغ
اما اذا صدر من صبي وكذا الزنا في يد البائع ولم يحدث شيء من ذلك
في يد المشتري فلا رد به صرح به صاحب الاشراف واعتياد البول
في الفراش في غير اوانه من العبد والامة عيب دون المرة الواحدة
على الاظهر وما اذا كان في اوانه وهو ما دون سبع سنين كما
صرح به البغوي وكون الضيعة منزلا للجند اختصت به دون

ماحولها صرح به القاضي الحسين في فتاويه وكون الخراج المضروب عليه
على الارض ثقيلا لا يعتاد في ماحولها وعن حكاية ابي عاصم العبادي
انه لا يرد بثقل الخراج وكونها منزلا للجند لانه لا خلل في
نفس المبيع وكون الدار بجوارها قصارون يؤذي من صوت
دقهم وتتزعزع الابنية به وكون الارض بجوارها خنازير
تفسد ما يكون من زرع ملحق بالعيوب فيهما عند المتولي وكون العبد [او اعشى]
اقرع او اخرس او ابخر او اعمش او ارت لا يفهم او فقيد الظفر
او الشعر او له اصبع زائدة او سن زائدة كما ذكر في الحاوي او
مقلوع بعض الاسنان او ادرا او ذا قروح وكذا اثارها واثار
الشجاج او ثاليل كثيرة او بهق وكونه ابيض الشعر في غير اوانه
او كذابا كما حكاه القاضي الحسين او نماما او ساحرا او قاذفا
للمحصنات او مقامرا او تاركا للصلاة او شاربا للخمر ملحق
بالعيوب المتفق عليها وفي الوجيز للعبادي انه لا يرد بالشرب
وترك الصلاة وكونه خنثى مشكلا او غير مشكل عيب وعن بعض
المتأخرين انه ان كان رجلا وكان يبول من فرج الرجال فلا رد به
وهذا ما حكاه العمراني في الزوائد عن القاضي في السلم وكونه مخنثا
وكون الجارية مستحاضة او معتدة او مستاجرة او محرمة او مزوجة
وكذا الغلام وفي البيان حكاية وجه في المزوج وكون الجارية لا
تحيض في سن تحيض فيه النساء غالبا وهو عشرون سنة كما قاله القاضي
الحسين وكذا تطاول طهرها اذا جاوز العادة وحملها عيب
وكذا الحمل في سائر الحيوانات عند صاحب التهذيب دون غيره وهو
ما حكاه الرافعي في الصداق فانه اظهر الوجهين وكون العبد والجارية
جانيا جناية توجب الارش بالرقبة وان كان خطأ اذا لم تكن عيبا اما
تعلق

اما اذا لم يكن جنايته خطأ فلا واصطكاك الكعبين وانقلاب
القدمين واسوداد الاسنان والكلف المغير للبشرة وكون احدى
ثديي الجارية اكبر [من الاخرى] والحفر في الاسنان لتراكم الوسخ الفاحش
في اصولها والكي عيب وكذا العنة عند الصيمري وهو الاظهر عند
الامام وعدم عرقها لا حيارتها وكون الدابة جموحا او عضوضا
او رموحا او رهيصة او تشرب لبنها او خشونة المشي بحيث يخشى
منها السقوط عيب وكذا قطع بعض الاذن بحيث يجزي في الاضحية
عند صاحب التهذيب وكون الماء المشترى مشمسا او المبيع نجسا ينقص
بالغسل عيب وكذا الرمل على الارض ان كان مما يبطل البناء وكذا الاحجار ان
كانت مما يبطل الزرع والغراس وفي البسيط حكاية خلاف في الاحجار
وان كانت مودعة ثبت الخيار الا ان يقول البائع انا ازيلها في مدة
لا اجرة لمثلها ولو اضرت الاحجار بالغراس دون الزرع فعيب وجهان في الحلية
احدهما ويحكى عن ابن ابي هريرة انه ليس بعيب وقال الماوردي عندي
ينظر في ارض تلك الناحية فان كانت ترصد للزرع دون الغراس لم يثبت
وان كانت ترصد للغراس يثبت وظهور قبالة بوقف المبيع وعليها خطوط
المتقدمين وليس في الحال من يشهد به لا عيب ما له في الكحلة وكذا كون
البائع وكيلا او وصيا او امين حاكم على وجه يحكى في الحاوي وكذا لو
كان العبد مسبعا في جناية عمد وقد تاب على وجه فيه ايضا ولا رد
بكون الرقيق رطب الكلام او غليظ الصوت او سيء الادب او ولد
زنا او مغنيا او حجاما او اكولا او زهيدا قال القاضي الحسين الا ان
يكون لعلة به وكذا لو كان العبد مرتدا حالة العقد وقد تاب قبل العلم
على المذهب وفي الحاوي في كتاب الرهن ان ذلك عيب في الحال واما اذا
علما انه ليس بعيب يحتمل الرد به فيه وجهان وكذا الاكثر ردكونه

عقيما او غير محفوظ او مجنون الا اذا كان العلام كبيرا لحاق عليه من
الختان وقيل لا يستثنى تلك الحالة ايضا والحلاق القاضي الحسين
موافق هذا او كذا لا ذكر الرويانى بعض على المطبري في ان تكون الامة
اختا من الرضاع او النسب او موطوءة ابيه بخلاف المحرمة والمعتدة لان
التحريم ثم عام فيقل الرغبات وهاهنا يختص التحريم به ورأى القاضي
ابن كج الحاق ما حرم عليه بالمحرمة والمرتدة وهذا ما اشير اليه من قبل
وكذا الاثر الذي بغا صاحبه على الاصح وضابطه ان الرد يثبت بكل ما في
المعقود عليه مما ينقص قيمة العين او نفسها من الخلقة التامة
نقصانا يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب في امثال المبيع عدمه
وانما اعتبرنا نقصان العين لمسألة الخصي فانه يثبت به الرد وان
زادت القيمة لفوات غرض صحيح به وانما اعتبرنا الخلقة التامة ليخرج
ما اذا نقص من العين ما هو زائد على الخلقة التامة كالاصبع الزائدة
اذا ازالها البائع فانه لا رد بسبب فوات ذلك اذا لم يبق شين واما
اشترطنا فوات غرض صحيح احترازا عما اذا قطع قلفة يسيرة في فخذ
او ساقه لم يخف الامر شينا ولا يفوت غرضا فرع لو وجد الاباق
والسرقة والزنا وجود ذلك في يد البائع وارتفع فيه مدة بحيث يغلب
على الظن زوالها ثم حدث في يد المشتري قال القفي الزجاجي وابو علي
لا يجوز الرد لاحتمال ان تلك المعاني ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري
فصارت كالمرض الحادث في يد المشتري حكاه في الاشراف قال ولو
اشترى جارية فوجدها ثيبا اي في سن تحتمله او مسنة او كافرة لا
تحل له وطيها كاليهودية والنصرانية لم يرد لان هذا ليس بنقص بل فوات
فضيلة اما اذا كانت الثيب صغيرة تحت سن ثبابتها او الكافرة ممن لا يحل
له وطيها كالمجوسية والوثنية والمرتدة ثبت الرد لان ذلك نقص وفي

التتمة

وفي التتمة في الكافرة الاصلية انه لا يثبت الرد في هذه الصورة ايضا
وطول الكلام وفي النهاية في هذا الباب انه لو اشترى عبدا
فخرج كافرا فالذي ذهب اليه عامة الاصحاب ان الكفر عيب يثبت الرد والعراقيون
وحيها انه ليس بعيب واسم العبد لا يتعرض للايمان ولا
للكفر وفي هذا القول تفصيل عندي فان كان الغالب العبيد المسلم في موضع
العبد الكافر وكان الكفر منقصا للقيمة فهو عيب وان لم يكن الاسلام
غالبا في العبيد بل كانوا مستقسمين وكان الكفر منقصا للقيمة
فهذا فيه تردد فظاهر القياس انه ليس بعيب وظاهر النقل انه
عيب وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة فالوجه القطع
بان الكفر لا يكون عيبا وقال بعضهم تصح حيل الحيلة اذا اشترى المسلم
عبدا فخرج كافرا فانظر ان اشتراه في بلاد الاسلام فله رده فان الكفر في
العبيد نادر في هذه البلاد وان كان في دار الحرب فالذي ذهب اليه
المحققون انه لا يرده وكان يسمح بثبوت الخيار لان الكفر عيب
فيما اشتري وما قاله اولا واحرى الجري في الامة الكافرة من طريق الاولى
وقد اشار اليه في الوسيط قال الا ان على شرط انها بكر او صغيرة
او مسلمة فيثبت له الرد لا حل الخلف وحكى الامام في اخر النهاية
فيما اذا شرط انها بكر وكانت مزوجة فخرجت ثيبا وجهين في ثبوت
الخيار قال وان شرط انها ثيبة فخرجت بكرا لم يرد لانها احمل مما
شرط وهذا هو الاصح قال وقيل يرد لانه قد يتعلق له به الغرض
لضعفه عن اقتضاضها لضعف آلته او كبر سنه وقد فات عليه فيثبت
له الخيار ويجري هذا الخلاف على ما حكاه الماوردي وغيره فيما
اذا شرط انها سبطة فخرجت جعدة الشعر او بيضاء الشعر
على قول من لم يشترط الرؤية فخرجت سوداء الشعر او في العبد انه

حصى مخرج فلا اعتداد بالحسن البادي والمذهب منه انه يثبت
وكذا لو شرط انه اقلف فبان مختونا قال المتولي الا ان يكون العبد
مجوسيا وثم مجوس يشترون الاقلف بزيادة فله الرد قال ولو شرط
انه كافر فخرج مسلما اي والبائع مسلم ثبت له الرد لان قيمة الكافر
في السوق اكثر لانه يشتريه المسلم والكافر فطلابه اكثر ولذلك غرض
مقصود فاذا فات ذلك عليه ثبت له الرد وحمل الامام في هذا
الباب انه ان كان منتوجه الى بلاد الكفر وكانوا يكثرون الولوع
فيما ويكون الكافر اكثر فيمكن اثبات الخيار عند الشرط والحالة هذه
للخيار وابعد بعض الاصحاب فقال لا خيار وان باع هاهنا لا من
تستعمل في تسببنا الى اثار الكفر وهذا غير سديد فان المالية
المرعية هي ماخوذة من الرغبات وكثرتها وقلتها وذكرنا ما ذكرناه
من قبل ثم قال وهذا اذا كان الكافر اكثر قيمة فان لم يكن الامر كذلك
جرى الحكم بثبوت خلف الشرط في الجارية والنيوبة فان بان مسلما
والشرط كونه كافرا فهو كما لو شرط ان يكون سبط الشعر فخرج اجعد
وحكى في كتاب النكاح متصلا بباب الامة ثم من يشتريها بلا انه اوجه
احدها ان الخيار يثبت لان المقصود المالية وقد يكون الكفر في المملوك
من الاغراض المالية والثاني ما ذهب اليه المزني انه لا خيار ووافقه
بعض الاصحاب والثالث ان كان الموضع الذي جرى فيه الشرا قريبا
من بلاد الكفر وكان يتوقع ان يطوفوا ذلك الموضع ويرغبوا فيه
فيثبت الخيار وكذلك ان اتفق ذلك في بلاد اهل الذمة فاما اذا جرى في
موضع بعيد عن بلاد الكفر ولا يكثر فيه اهل الذمة فلا خيار وما ذكره
الاولون من النظر الى الاغراض المالية فليس بصحيح فان القيمة ان كانت
تزيد من وجه رغبة الكفار فتلك رغبة باطلة مستندها الكفر

وكيفيته

وتحسينه واعتقاد كونه حقا فيها داريكون المهذب بمثابة ثمن
الخمر ولو اتلف هذا العبد فذهب جماعة من الاصحاب الى ان المتلف
ان يغرم قيمته اعتبارا بما بطلبه وان زاد بالاكثر بما يشتري به
المسلم وذهب المزني ومن وافقه الى ان ذلك الزائد لا يغرم لما اشرنا اليه
وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بان يصير عوادة فلا يحسن ولا يخفى
ان القيمة يزداد في القيمة ضعف ما يكون الجارية الناسكة
ومن اشتراها لم يعترض عليه فان الشرا يرد على عينها ولكن
لو تلفت لم يضمن متلفها الا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغنا
اما لو كان البايع كافرا كان في جواز الرد ما ذكرناه وبان ما
يجوز بيعه ان يجوز شراؤه **فرع** لو اشترى ارضا او ثوبا على انه
عشرة اذرع فخرج دونها او فوقها ففي الصحة وجهان اظهرهما وبه
قطع قاطعون فيما اذا اخرجنا فخرج الصحيح بزيادة الخلف في
الشرط في القدر منزلة الخلف في الصفات وللمشتري الخيار عند
النقص واذا اجاز فبقسطه او بجميع الثمن قولان اظهرهما
الثاني لان المساواة بالاشارة المعين وللبائع الخيار على قول
الصحة في حال الزيادة على المشهور وان اجاز كان الجميع للمشتري
وفي وجه لا خيار له واختاره البغوي وعلى المشهور لو قال
المشتري للبائع لا تفسخ فانا اقنع بالقدر المذكور شايعا
والزيادة لك فهل يسقط خيار البائع فيه قولان عن رواية صاحب
التقريب وغيره وحكاهما القاضي ابو الطيب فيما اذا باع الرهن
عن رواية ابن سريج وجهين واظهرهما وبه قال الامام ورجحه
ابن سريج انه لا يسقط قال الائمة وقياس هذا ما اذا باع القطيع
على انه عشرون راسا او الصبرة على انها مائة صاع فخرج

في رأي ابن الصبرة

فصاحب الشامل من الصبره وغيرها اذا ادت بعد الفضل وان
نقصت واجاز المشتري الخبر بالحصه وفيما عداها يخير بجميع الثمن
لان اجزاها تتساوي فلا تجهل التوزيع جهالة قال وان باع وشرط
البراه من العيوب ففيه ثلاثة اقوال احدها انه يبرا لقوله صلى الله عليه وسلم
المومنون عند شروطهم ولان خيار العيب انما ثبت لاقتضا مطلق
العقد السلامه واذا صرح بالبراه فقد انقطع الاطلاق وعلى هذا
لو حدث به عيب قبل القبض لم يبرا منه وكان له الرد فلو اختلفا
في تقدمه على العقد وتاخره عنه وحدوثه قبل القبض فهل القول
قول البايع او المشتري فيه وجهان في الحاوي قال والثاني لا يبرا
لانه خيار ثابت بالشرع فلا ينتفي بالشرط كساير مقتضيات العقود
ولانه ابرا عن مجهول لا يدري وذلك غرر ولان الرد بالعيب مستحق بعد
لزوم العقد فلم يجز اسقاطه بالشرط قبل لزوم العقد كما في الشفعه
قال ويبطل البيع على هذا وقيل لا يبطل وتوجيههما ما تقدم في نفي
خيار المجلس والاظهر منهما عدم البطلان لاشتهار القصه المذكوره
من الصحابه وعدم انكارهم والذي عليه جمهور الاصحاب كما حكاه
الماوردي البطلان قال والثالث انه يبرا من كل عيب باطن في الحيوان
لم يعلم به البايع لان الحيوان يتغذى بالصحه والسقم وتحول طبايعه
وقلما يبرا من عيب خفي فيحتاج البايع الى هذا الشرط فيه ليثق بلزوم
البيع قال ولا يبرا من غيره اي مما يعلمه او هو ظاهر في الحيوان او لم
يعلمه وما لا يعلمه من غيره لما روي ان ابن عمر باع عبدا من زيد بن ثابت
بثمانماية درهم بشرط البراه فاصاب زيد به عيبا فاراد رده على
ابن عمر فلم يقبله فترافعا الى عثمان فقال لابن عمر احلف انك لم تعلم بهذا
العيب فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بالف درهم وان ثمان الحس

دلس بابه

بناء
مما سواه

تلبيس وهذا هو الاصح في هذا الطريق الذي قال به ابن سريج وابن
الوكيل والاصطخري وابن خيران وابو اسحق وجزم به ولنصه في المختصر
ولحلاف العراقيين به اشعار وفي الحاوي تفريعه بالبيع عن ابن ابي هريره
انه يبرا في الحيوان من عيب المعلوم دون المعلوم ولا يبرا في غير الحيوان
من المعلوم ومن غير المعلوم قولان ولو قال بعتك بشرط ان لا ترد بالعيب
جرى هذا الخلاف وزعم المتولي انه فاسد قطعا مفسد للعقد قال
القاضي الحسين في تعليقه لانه منع تصرفه في حق ثبت له بمقتضى العقد
بخلاف شرط البراه فانه لشرط البراه من ثبوت الحق ولو شرط البراه من العيوب
الموجوده ولما يحدث ففيه وجهان اصحهما ولم يذكر الاكثرون سواه انه
فاسد ولو عين بعض العيوب وشرط البراه عنه نظر ان كان مما لا
يعاين مثل ان يقول بشرط براتي من عيب الزنا والسرقة والاباق برى منها
بلا خلاف وان كان يعاين كالبرص فان اراه قدره وموضعه فكمثل وان
لم يره فهو كشرط البراه مطلقا وحكي الغزالي في هذه الصوره خلافا
على القول بخلاع للصحه في الاصل مبنيا على العلتين في فساده
قال الامام وليس المعنى بالاعلام ان يطلع المشتري على العيب ويبرا
من نفسه العلم بها وانما المراد البراه من صفات لا يرتبط بها الشارط
فقطع الشارط بدونها وانما يقدر البراه لو كانت اذ لو حصل
الاطلاع على العيب فلا حاجة الى الشرط ومن الاطلاع ان يقول البايع
هذه العيوب به فابراني منها قال وان اختلفا في عيب يمكن
حدوثه اي مثل تخريق الثوب وكسر الاناء والبرص فزعم كل واحد
البايع حدث عندك وقال المشتري بل كان عندك فالقول قول البايع
لان حدوث العيب متفق عليه والاصل عدم حصوله في يد البايع ولان
دعوى المشتري يقتضي الفسخ ودعوى البايع يقتضي الامضا وهو

امثال

الاصل فاتبع قال مع نفسه لان ما يدعيه المشتري محتمل فيحلف
للرد والثمن يدل على ان العيب ينقص شيئا هذا والبائع يدعي
اقباضه والتمسك في القبض على السر ويسوغ له في ذلك التعلق بالظن
فيحلف على ظاهر ما وصل والشهود في كيفيتها ان اجاب عن
الدعوى انه لا يستحق على الرد بهذا العيب ... له ان يحلف انه باعه
وما به العيب الذي ذكره ان كان المشتري قد ادعى انه باعه وهو
معيب فاحلف عليه ان شاء انه اقبضه وما به العيب الذي ذكره
ان كان المشتري قد ادعى حدوث العيب قبل القبض وان اجاب بانه باعه
او اقبضه وما به العيب الذي ذكره فهل يحلف ... له ان يحلف انه لا
يستحق عليه رد السلعة بهذا العيب فيه طريقان حكاهما في البيان والاول
المشهور وهو ما اورده في التهذيب ولو اختلفا في بعض الصفات هل هي
عيب ام لا فالقول قول البائع ايضا الا ان يخبر عدلان واحد من اهل العلم
بانه عيب فاحكاه في التهذيب واعتبر المتولي فيه شهادة شاهدين ولو
اختلفا في العلم بقدر العيب فادعى المشتري انه علم بقدمه وادعاه البائع
فالقول قول المشتري انه لم يعلم فلذلك لم يره او يحلف انه زائد على ما
اعترف به حكاه في الاشراف ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب او
تقصيره في الرد فالقول قول المشتري وقيد ذلك في الاشراف بما اذا كان مثل
العيب يخفى عليه ولو اختلفا في الثمن وقد دعت الحاجة الى الرجوع
بالارش فالقول قول المشتري او البائع روى ابن جرير فيه قولين والاصح
الاول ولو اختلفا في قدر الثمن بعد رد المبيع فعن ابي الحسن ابن ابي
هريرة قال الاولى ان يتحالفا وتبقى السلعة في يد المشتري وله على
البائع الارش ... الثمن ... الارش قال
احكم بالارش في القدر المتفق عليه قال ابو الحسين وحكى ابو محمد الفارسي
القدر

عن ابي

عن ابي اسحق ان القول قول المشتري كما لو اختلفا في الثمن قبل الاقالة
وهذا هو الصحيح قال وان باعه عصيرا وسلمه اليه ثم وجد
في يد المشتري خمرا فقال البائع عندك صار خمرا وقال المشتري بل
عندك كان خمرا ففيه قولان احدهما ان القول قول البائع لما ذكرناه
في الفصل قبله وهذا ما صححه النواوي والثاني القول قول المشتري
لان البائع يدعي عليه قبضا صحيحا وهو منكر له والاصل عدمه ولا حكم
للقبض الذي اعترف به فانه فاسد ليس قبضا شرعيا وكانه لا
قبض قال المتولي وبهذا فارق مسالة العيب لان وجود العيب لا يمنع
صحة القبض وهذا القول قد صحح الماوردي نظيره فيما لو وقع
الاختلاف على هذا التحرير بين الراهن والمرتهن في العصير المرهون
وصيغة التصحيح هنا ايضا والقولان يجريان على ما اشار اليه الامام
في كتاب الرهن من اختلاف الاصحاب في حد المدعي والمدعى عليه فمنهم
من يقول المدعي من يدعي امرا خفيا والمدعى عليه من يدعي امرا جليا
ومنهم من يقول المدعي من لو سكت ترك والسكوت والمدعى عليه من
لا يترك والسكوت ووجه التخريج ان المشتري لو سكت ترك فهو
المدعي اذا فيكون القول قول البائع لانه المدعى عليه فانه لو سكت
لم يترك وان قلنا المدعي من يدعي امرا خفيا فالمدعي هو البائع فانه
يدعي القبض الملزم والاصل عدمه والمشتري يدعي عدم القبض وهو
الاصل ويقرب من هذه المسالة ما حكاه الامام في الرهن عن القاضي وهو
ما اذا اشترى لبنا في قمقمة فصبه البائع في قمقمة المشتري فوجد
فيه فارة فاختلفا فقال المشتري بعتني اللبن طاهرا ووجدت فيه
فارة وقال البائع بل كانت الفارة في قمقمتك فكان من جوابه ان هذا
يخرج على القولين في اقباض العصير والخمر فان قيل اذا كانت النجاسة

النجاسة في ظرف المشتري وللبن يتنجس بملاقاة النجاسة
في ظرف المشتري فليس ما ادعاه اقباضا على الصحة قلنا
ليس كذلك فان اللبن اذا حصل في فضاء الظرف ثبت له حكم
القبض جزءا جزءا قبل ان يلقى النجاسة واعلم ان الفسخ يحصل في
فسخ العقد بسبب التدليس والعيب والخلف وسكت عن فسخه
بالتراضي وهي الاقالة ولا شك في جوازها واستحبابها عند ندم
احدهما على العقد لما روى ابو داود عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من اقال مسلما اقال الله عثرته وصيغتها ان يقولا تقايلنا او
يقول احدهما اقلت فيقول الاخر قبلت لكن هل هو فسخ او بيع قولان
اصحهما وهو المنصوص عليه في الجديد الاول اذ لو كانت بيعا لصحت
من غير البائع وبغير الثمن الاول ولافتقر الى ذكر الثمن فيها وكل ذلك
غير معتبر والمنصوص عليه في القديم وحكاه الامام الثاني ولو
قالا تفاسخنا العقد فمنهم من قال انه فسخ قولا واحدا وعند هذا
القائل البيع يقبل الفسخ بالتراضي ومنهم من قال ان كل ما فرض على
التراضي من لفظ الاقالة او الفسخ فهو خارج على القولين ولا
نظر الى الالفاظ وعند هذا القائل البيع لا يقبل الفسخ بالتراضي
الفلاحي وحيث قلنا ان الاقالة فسخ فهل من وقت الفسخ او من اصل العقد
فيه وجهان يظهر فائدتهما في الزوائد حكاهما الرافعي في حكم العقد
قبل القبض وبعده وللمشتري حبس المبيع لاسترداد الثمن على الاصح لعوض
جميعا ويجوز من الورثة بعد موت المتعاقدين او احدهما وهل تجوز بعد
تلف المبيع ان قلنا انها بيع فلا وان قلنا انها فسخ فنعم على الاصح كما
في الفسخ بالتحالف ولو كان احد العبدين باقيا فالخلاف مرتب واولى
بالجواز وادعى القاضي ابو الطيب في باب السلم اجماعنا على صحتها

وهل

صحتها في هذه الصورة ويجوز في بعض المبيع الذي يقسط
الثمن عليه بالقيمة اذا قلنا انها فسخ وان قلنا انها بيع فلا
وحكى الفوراني على قول الفسخ انه ينفسخ في البعض وهل ينفسخ في
الباقي فيه قولا تفريق الصفقة وعلى القولين تخرج ايضا تجديد حق الشفعة
وجريان التقابض في مال الربا وجواز التصرف بعد الاقالة وقبل القبض
وكذلك التلف في هذه الحالة في انه يرجع بالثمن او بدله وجواز الاقالة
قبل قبض المبيع في السلم فيه فان قلنا انها فسخ جاز وان قلنا انها
بيع لم يجز في المسلم فيه وفي المبيع قبل القبض يكون كالبيع منه على ما
حكاه الرافعي وقال الامام لم ار احدا من الاصحاب يخرج الاقالة
قبل القبض على انها فسخ او بيع حتى اذا قلنا انها بيع تخرجت على الخلاف
في ان بيع المبيع من البائع قبل القبض هل يجوز وذلك لم يرد احد من
اصحابنا القول في الاقالة في السلم بل اطلقوا جوازها وكان ينبغي ان يقول
الاقالة قبل القبض ينبني على ان جوزنا بيع المبيع قبل قبضه من البائع خرجت
المسألة على القولين في ان الاقالة فسخ او بيع وان قلنا لا يصح بيع المبيع
من البائع فالاقالة باطلة فسخا قولا واحدا ولو تعيب المبيع في يد المشتري
ثم تقايلا واطلع عليه البائع فان قلنا انها بيع ثبت له الخيار وان قلنا انها
فسخ اخذ الارش قاله الرافعي والمحكي سواه وكان ينبغي ان يخرج على الخلاف
فيما اذا فسخ البائع العقد بعيب في الثمن ثم وجد المبيع قد تعيب بيد
المشتري فانه هل يرجع بالارش مع اخذ العين او يتخير بين ان يرجع
في العين ليس الاخر بين ان يأخذ قيمتها سليمة وفيه وجهان منقولان
في احد النهاية واختيار القاضي الحسين وابن سريج على ما حكاه ابن
الرفعة الثاني وهو الاصح المحكي في الوسيط في اخر باب الغصب
ومقابله هو الذي رجحه الامام وهو المحكي في كتاب

الصداق من الوسيط **باب** بيع المرابحة والنجش والبيع على بيع
اخيه وبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان **قال** يجوز ان يبيع ما اشتراه
بالاجماع بما قام منه اي ولو من البايع قبل نقد الثمن الاول وان كان
الثمنان من نوع يجري فيه الربا ودليل الصحة فيما اذا باع من غير
البايع او منه بعد قبض الثمن الاول الاجماع على ما حكاه الماوردي وهو
محمول على ما اذا لم يتكرر اما اذا تكرر فالامام مالك قد منع منه في
بعض الصور وفيما اذا باع من البايع قبل قبض الثمن الاول عموم قوله
اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم وقوله صلى الله عليه وسلم لبلال على
ما رواه مسلم عن ابي سعيد الخدري حين جاء بتمر برني من اين هذا فقال
بلال تمر كان عندنا ردي فبعت منه صاعين بصاع لنطعم النبي صلى الله عليه وسلم
فقال النبي صلى الله عليه وسلم عند ذلك اوه عين الربا لا تفعل اذا اردت ان
تشتري التمر فبعه ببيع اخر ثم اشتر به ولم يفصل ولان ما جاز بيعه
من غير بايعه بثمن جاز بيعه من بايعه بذلك الثمن كالاجنبي وكما بعد قبض
الثمن الاول ولا يقال انه كان قبل القبض من بايعه فهو وسيلة الى تحليل
الربا لانه لو كان يبيعه بالاقل ربا لكان بيعه بالاكثر منه ربا وما روي
عن عايشة في قصة زيد بن ارقم الذي استدل به على منع ذلك ضعيف
السند على ان انكارها محمول على كون البيع الاول وقع الى العطا وهو مجهول
هذا مشهور المذهب وقال الامام فلا يفتقر بعي ذلك اذا عم العرف فيتنى
مجمل العرف في حكم الشرط وهو جايز دد الاصحاب فيما اذا عم العرف باستباع
المرتهن بالمرهون هل يجعل كالمشروط في الرهن وبالمنع افتى الاستاذ
ابو اسحق والشيخ ابو محمد اذا صار ذلك عادة فيبطل العقد ان جميعا والحق
الماوردي باصل المسالة ما اذا باع طعاما بثمن موجل ثم حل الاجل
فانه يجوز ان ياخذ بدل الثمن طعاما وغيره من المطعوم وهذا اشبه بمن باع

على قوله السو...

على جواز التصرف في الثمن الذي في الذمة كما صرح به غيره وهذه
المسالة تعرف بمسالة العينة **قال** ويجوز ان يبيعه مرابحة
اذا بين راس المال ومقدار الربح وصورة ذلك ان يقول ابيعكها
بما به او براس مالي ما به او هي علي بماية او قامت علي بماية وبعتك
بماية وربح كل عشرة درهما مثلا ودليل جواز ذلك من غير كراهة عموم
قوله تعالى واحل الله البيع ولان الثمن معلوم كما انه معلوم فيما اذا قال
بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم او هذا القطيع كل شاة بدرهم قال
القاضي ابو الطيب وقد اجمعنا على جوازه فكذلك هاهنا ويجوز ان يضيف
الى الثمن شيا فيبيعه مرابحة بان يقول اشتريته بماية وقد بعتكه
بما بين وربح كل عشرة درهم وكانه قال بعتك بماية وعشرين درهما اما
اذا لم يبين راس المال وقال بعتك مرابحة كل عشرة درهما بما اشتريته
فلا به اوجه حكاها المتولي مجموعة وهي متفرقة في تعليق القاضي الحسين
احسنها انه لا يجوز لجهالة الثمن كما لو قال بعتك بما اشتريته ولم يقل
مرابحة وهو جاهل بالثمن فانه لا خلاف على ما حكاه القاضي الحسين انه لا
يجوز والثاني يجوز لان الثمن فيه مبني على الثمن الاول وذلك معلوم من الكلوم
وان لم يسمه في العقد بخلاف ما اذا لم يقل مرابحة فانه لا يتعرض فيه على
الثمن الاول قال القاضي بدليل ما لو جاز فيه الحط والاستسكه الخيار
والثالث ان علمه في المجلس استمرت صحته والا بطل على قول الصحة لو
اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البايع مع يمينه كالمشتري مع الشفيع
قاله القاضي ويجري الخلاف المذكور فيما لو كان الثمن الاول دنانير
الدراهم بحيث لا يعلم تعشيره بعد كما صرح به المتولي والله اعلم وكما يجوز البيع
مرابحة يجوز محاطة مثل ان يقول الثمن ماية وبعتك بما اشتريت بحط درهم
من كل عشرة لكن القدر المحطوط وجهان احدهما انه يحط من كل عشرة واحد

فتكون الثمن تسعين والثاني وهو ما حكاه الشيخ ابو حامد عن
اصحابنا بعدان وال البيس لصاحبنا في هذه المسئلة بعد ان المحطوط
من كل احد عشر درهما درهم فان الربح من كل احد عشر درهما درهم فيكون
الثمن على هذا في مثالنا تسعين وعشرة اجزا من احد عشر جزءا
جزءا فهي مجموع الدرهم ان الذاهب من تسعة وتسعين تسعة
فبقي درهم يضيع منه جزء من احد عشر جزءا وهذا ما حكاه الجاملي
ونسبه الى مذهب الشافعي لانه صور المسئلة فيما اذا قال بحكم بوضيعة
درهم في كل عشرة وقد خطا القاضي ابو الطيب الشيخ ابا حامد فيما
حكى عنه وقال ذلك انما يجري فيما اذا قال بعتك على وضيعة درهم لكل عشرة
وهو ان يضع من كل احد عشر درهما درهما واما في هذه المسئلة فلا يكون
الثمن الا تسعين من غير زيادة وعلى هذا المنوال جرى الامام و
وافقهما البندنيجي في الحكم ولم يتعرض للتخطئة وقال الماوردي بعد
ان حكى ان الذي ذهب اليه الجمهور مثل ما قاله الشيخ ابو حامد الاصح
عندي انه اذا قال بحط درهم من كل عشرة فالمحطوط واحد من احد عشر
قال وما يزاد في الثمن او ما يحط منه في مدة الخيار اي خيار الشرط
لانه المختص بالمدة يلحق براس المال لان لكل واحد منهما ترك العقد والمامه
فاشبه حالة العقد واذا كان هذا الحكم ثابتا في خيار الشرط ففي خيار
المجلس من طريق الاولى وهذا هو الاصح عند الاكثرين فيهما وذهب
ابو زيد القفال الى انه يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط لان
مجلس العقد كنفس العقد الا ترى انه لو عين راس المال والعوض
في الصرف في خيار المجلس جاز بخلاف زمن الخيار المشروط وقال
الامام متصلا بباب الربا وهذا مما انفرد به ابو زيد ولا يظهر فرق
بين الخيارين وقيل لا يلحق في واحد منهما لتمام العقد فاصح بعد

اللزوم

اللزوم وهذا هو الصحيح في التتمة وحكى الامام انه مبني فيما
اذا زاد على ان المبيع في زمن الخيار ملك المشتري والاول مبني
على انه باق على ملك البائع ووافقه من العراقيين على ذلك ابو علي
الطبري في الافصاح وطرد هذا البناء في لحوق الحط ايضا
كما حكاه عنه في كتاب الشفعة قال الامام قال الامام والصحيح
عندنا ان ذلك لا يلحق وان قلنا ان البيع لا ينقل الملك فان البيع الاول
ان لم ينفسخ ولم يشتمل لفظ العقد على الزيادة فلا معنى لتقدير
الحاق الزيادة من غير تحقق اعادة فيمتنع لحوق الزيادة لفساد
الصيغة حتى ذلك قبيل باب تجارة الوصي بمال اليتيم وحتى يحلى في
كتاب الشفعة عن بعضهم انا اذا قلنا بانتقال الملك فالحطيطة ابراء
وهل يفعل كل الاصحاب على نفوذه ومنهم من قال في النفوذ خلاف
مرتب على عتق البائع في مدة الخيار على هذا القول فان قلنا بالنفوذ
فهل يلحق ذلك بالعقد فيه وجهان واذا قلنا ان الخيار يمنع انتقال
الملك فاذا حط عنه البعض كان ابراء وذكر القاضي في نفوذها وجهين
وجه النفوذ موافق الخلع على ذلك في العصر الخالية وفي الحاوي في باب
بيع الطعام ان النقصان اذا كان قبل التفرق كان فسخا للبيع الاول
واستئناف بيع بعقد لما بقي من الثمن الاول حتى لو كان ذلك بعد تلف
المبيع او عتقه لم ينفذ النقص وبقي الثمن الاول بحاله ولو كان بعد قبض
المبيع لم يحط عنه شيئا من الثمن ثم تلف قبل ان يقبضه ثانيا بطل العقد
وهكذا الحكم في الزيادة وابطل في هذا الباب ان يكون النقص او الزيادة
فسخا للعقد وقال في اواخر باب الربا ان المشتري اذا ابراه البائع
في زمن الخيار لم يصح لانه ابراء مما لم يستقر ملكه عليه وحكم الحاق
الاجل في زمن الخيار حكم الزيادة ولو ذكراه في العقد لم يسقطاه

سقط وصار حالا كما صرح به الاصحاب في باب السلم وقال
القاضي الحسين متصلا بها بانجاز الوصي يسعى ان ينفسخ العقد
لانه جعل الثمن اذا كان عشرة مثلا في مقابلة المبيع والاجل ولما
اسقط الاجل احتاج الى ان يسقط شيئا من الثمن ولا يعرف ذلك
فيصير مجهولا **قلت** لو كان هذا معتبرا لوجب اذا حط من الثمن
بعضه ان ينفسخ العقد فيما يقابل المحطوط من المبيع ولا قائل به
ولوجب اذا اشترى سلعة بثمن مؤجل ثم مات ان يبطل العقد لان الاجل
يسقط بالموت مع الصحة لا يثبت للوارث الخيار في فسخ العقد
لفوات بعض المقابل الجزء من الثمن وذلك يقدح فيما ذكره **تنبيه**
قول الشيخ وما حط منه احترز به عما لو حط جميعه فان العقد ينفسخ
عند من يرى الحاق الحط في بعض الثمن صرح به الامام والرافعي وفي
الحاوي في الموضع الذي حكى فيه ان الحط يلحق من هذا الباب ان حطيطه
الثمن كله لا يكون فسخا للعقد وقال المتولي في باب الشفعة انه اذا
حط الثمن كله كان كما لو باع بلا ثمن فعلى طريقة ينعقد هبة وعلى
طريقة بيعا فاسدا وعلى ذلك جرى في الدخائر في الشفعة وقال في
الابانة اذا قلنا في الحط يلحق بالمبيع ملك المشتري للنزهل بالبيع او
بالهبة فيه وجهان وقوله يلحق برأس المال يجوز ان يكون المراد فيما اذا
اراد ان يخبر بان رأس المال فيه كذا اما اذا اراد ان يخبر بان شراه كذا
فيجوز ان لا يعتبر الحط ولا الزيادة وهو قضيه كلام المتولي لهذا
التفصيل من غير ان يعرق بين ان يكون العقد قد لزم قبل الحط ام لا
وفي الرافعي تخصيص ما حكاه المتولي بما اذا كان بعد اللزوم فانه
قال وما يزاد في الثمن بعد انقضاء الخيار لا يلحق بالمشتري الثاني واما
الحط فان كان البيع بلفظ ما اشتريت لم يلزمه حط المحطوط وان كان

لفظا

بلفظ قام علي لم يخبر الا بالثاني فان حط الكل لم يجز بيعه مرابحة
بهذا اللفظ وفي تعليق القاضي الحسين وغيره حكاية وجه فيه
جار في لفظ الشراء ولو حط عنه بعض الثمن الاول بعد جريان
المرابحة لم يلحق الحط المشتري منه وعن السرخسي انه حكى وجها انه يلحق
جار في التولية والاشراك والفرق على الاول ان بناء عقد التولية
والاشراك على العقد الاول اقوى واشد بدليل انه لا يقبل الزيادة
اما المرابحة فيقبلها كما ذكرناه **قال** وما يرجع به من ارش العيب
يحط من رأس المال لانه جزء من الثمن ولو جنى على العبد المبيع واخذ
الارش لم يحط على احد الوجهين كما لا يضيف ما غرمه من ارش
جنايته الى الثمن قال الماوردي وعلى هذا للمشتري الخيار اذا علم
وفصل الامام فقال ان بقي للجناية اثر نقصان في عين او مال وجب
الاخبار به والا فلا يجب على احد الوجهين ولو جني عليه جناية وقلنا
بالاصح ان جراح العبد مقدرة وقدر الجناية نصف القيمة وما نقص
الا ثلثها فهل يحط ما غرمه له الجاني وراء النقصان فيه الوجهان
والاصح لا وقد يرى الناظر في كتب العراقيين وجهين مطلقين في انه
هل يجب ذكر ارش الجناية وهذا غير معقول الا في ارش لا يقابل
نقيصا من القيمة كما ذكرته في الصورتين ثم حيث قلنا يحط وكان الثمن
مائة والارش عشرة فلا يقول اشتريته بتسعين ولا بمائة تسعون
بل يقول قام علي بتسعين قاله في المهذب في الارش وفي الحاوي
انه مخير باي العبارات الثلاث شاء **فرع** اشترى شيئا بعشرة
وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة خبر بها جزما لانه سرح فانه
قال الخبر بخمسة ... ولم يطرد ذلك فيما اذا خسر في الاول خمسة في
انه يضيفها الى الثاني كذلك هو المشهور عنه في التتمة انه

طرده وان جعل الحنسان كموته الترمت من اجره خياطه او قصاره
واسه اعلم قال وان اشترى ثوبا بعشره وقصره بدرهم ورفاه بدرهم
حسب به في المرابحه فيقول قام على باثني عشر اي وبفعل بزيح طه دهم
عن مثلا لانه صادق وذاله ان يقول راس مالي فيه اثنا عشر منه
وجهان اصحهما انه يحوز وفي مجموع المحامل الجزم بانه لا يجوز ولذلك
الجاري ومثل هذا التفصيل يجري فيما اذا ادى اجره الكال والحارس
والصباغ وقيمه الصبغ واجرة الختان وتطيين الدار وكذا البيطار الذي فيه
المتاع واجره الكال والدلال اذا كان الثمن مكلا او عرضا فادى عليه
واشترى السلعه بعد ذلك وساير المونات التي يلزم للاسترباح دون
المونات التي تقصد بها استيفا الملك كنفقه العبد وكسوته وعلف
الدابه وفدا العبد بسبب الجنايه وفي النتمه حكايه وجه انه يدخل
والعلف انا بعل المعتاد يدخل الاحاله ذكره القاضي الحسين وعن واجره
الطبيب ان اشتراه مريضا كاجره القصار وان حدث المرض في يده فهي
كالنفقه وفي مونه السايس تردد للامام والاظهر انها كالعلف والمكس
الذي ياخذه السلطان يدخل في لفظ قام ولا يدخل في لفظ الشراء وهل
يدخل في لفظ راس المال فيه وجهان في التتمه **تنبيه** قوله رفاه بدرهم هو
مهموز يقال رفات الثوب ارفيه رفا اذا اصلحت ما تخرق منه قال
الجوهري وربما لم يهمز **قال** وان عمل فيه عملا يساوي درهما اخبر به
فيقول اشتريته بعشره وعملت فيه بدرهمين اي الواقع ولا يقول قام علي
باثني عشر لان عمل الانسان بنفسه لا يتقوم عليه **تنبيه** قوله يساوي
هذه اللغه الفصيحه وفيه لغه قليله يسوى وانكرها الاكثرون وعدوه
لحنا قال المرزوقي في شرح الفصيح يقال هذا الشي يساوي الفا اي
يستوي معه في القدر **قال** وان اخذ من لبنه او صوفه الموجود حال

يستوي معه

العقد شيا اخبر به لان ذلك بيانه قسطه من الثمن فيحتاج الى
تقويم ما اخذه من الصوف واللبن ويوزع الثمن عليه وعلى الشاه على
قدر قيمتهما كما يفعل في العبدين ولو لم يكن ذلك موجودا حال العقد ووجد
واخذه لم يخبر به كالو انتفع بالعبد **قال** وان اشترى عبدين بثمن واحد
جاز ان يبيع احدهما مرابحه اذا قسط الثمن عليهما بالقيمه اي قيمتهما
وقت الشراء لان العقد يقتضي ذلك قال في التتمه الا انه لا يقول اشتريته
بكذا الا اذا بين حقيقة الحال فيه وقال القاضي الحسين يجوز ان يخبر بلفظ
قام على خاصه ولو اشترى مايه قفيز حنطه بمايه درهم واراد بيع قفيز
منها مرابحه جاز ان يخبر انه بدرهم ومن اصحابنا من منع الا بالاخبار
الصوره قال الماوردي والاول اصح والجوز مثل ذلك فيما اذا اشترى
عبدا بمايه واراد ان يبيع نصفه بخمسين بلفظ الشراء صرح به المتولي ولو
اسلم في عبدين بصفه واحده ثم قبضهما واراد بيع احدهما مرابحه فيقسم الثمن عليهما
بالسويه قال في التتمه سوا كانا من ذوات الامثال او القيم وسوا كانا متفقين
في القيمه اولا لان الثمن وقع عليهما بالسويه **قال** وان قال اشتريته بمايه
ثم قال بل بتسعين اي وباعه مرابحه لكل عشره درهما ثم صدقه فهل له ان يحط
ان يحط الزياده وربحها وذلك احد عشر درهما ويأخذ المبيع بالباقي اي
وهو تسعه وتسعون لانه تملك بالثمن الاول مع زياده منسوبه اليه
فيحط الزايد عليه كما في الشفعه والتوليه ولا خيار للمشتري لانه زاده خيرا
قال والثاني انه بالخيار اي المشتري بين ان يفسخ البيع وبين ان يحط
الزياده وربحها وياخذ المبيع بالباقي لانه ربما كان له غرض في الشراء بمايه
وربحها لتحله قسم او نفاذ وصيه لانه لا يامن ان يكون الثمن انقص
من تسعين هذا ما حكاه المزني وحاصل ما قاله الشيخ ان البيع
صحيح وفي ثبوت الخيار القولان وقد بناهما الماوردي على ان الخياره

بالتسعين كذب ام لا وفيه خلاف فمن لم يجعله كذبا وجهه بان التسعين تدخل في المائة فالايثبت للمشتري خيار وهذا ما حكي من بعد هذا البنا انه المذهب وصححه غيره وفي الرافعي انه نص عليه في كتاب اختلاف العراقيين ومن جعله كذبا لان التسعين بعض المائة وهي مقابلة بعض المبيع فلم يجز ان يخبر بانها جميع الثمن ويقابله بجميع المبيع اثبت للمشتري الخيار وهو ما حكي بعد هذا البنا انه قول مخرج من المسئلة التي بعدها من بعد وفي الرافعي انه الذي نقله المزني وعليه جزم بعض الاصحاب بالقول الاول وحكي ما نقله على ما اذا ثبت النقص بالبينة وفرق بانه اذا ثبت ذلك بالاقرار دل على امانته وديانته فلا الحاق خيانته من اخرى ولذلك لم يثبت للمشتري خيار واذا ثبت خيانته بالبينة لا نومن خيانته بان يكون هذا الثوب قد اشتراه بثمانين واحق الذي اشتراه بتسعين ثم اذا اثبت للمشتري الخيار فاجاز او لم يثبت له فهل للبائع خيار فيه وجهان وقيل قولان الصحيح منهما لا ومحلهما اذا ثبت النقص بالبينة اما اذا ثبت بالاقرار فلا يثبت قطعا وورا ما ذكرناه قولان او وجه وقول ثالث او وجه رواه القاضي ابو حامد في الجامع بناء على ان الحط ان العقد باطل لكون الثمن مجهولا عند العقد وحكاه صاحب التوسيط ولا وضعفه الامام وسوى ان الحط لا يسقط الا الساقط كما في ارش العيب القديم على راي بل من اصل العقد وذلك يحصل الجهالة وقد اجاب الامام عن ذلك بان العقد عقد على ظن العلم بالثمن ثم ما هو واذا اختلف فطريق الاستدراك الخيار لا الحكم بالفساد وهذا يناظر قولنا لا تزوج امسلمة امة من مجبوب على علم ولو فعل لم يصح ولو زوجها على ظن السلامة العقد وخيرت الامة وعبر الماوردي عن هذا الوجه بان من اصحابنا من قال ان على قول الحط يا حذر يعقد مستانف وهذا غلط لانه لو اخذه بعقد مستانف لبطل العقد الاول ولا افتقر الى الاشتراط

قدر الربح

قدر الربح حا اصح القولين الاول وما قاله الامام من الاستدراك بالخيار فيه نظر ايضا لما قد عرف ان المذهب ان الخيار لا يثبت والقول ان العقد ينعقد بجميع الثمن وهو في مسئلة الكتاب مخرج مما اذا ثبت النقص بالبينة فان فيها قولين منصوصين في كتاب اختلاف العراقيين على ما حكاه ابو الطيب وعلى هذا للمشتري الخيار جزما الا ان يكون عالما بكذبه فلا يثبت ولو قال له لا تفسخ فاني احط عنك الزيادة فهل يسقط خياره فيه وجهان وهذا كله اذا كان المبيع باقيا اما اذا تلف لو تلف قبل ذلك فعن المهذب وغيره من كتب العراقيين انه يحط الزيادة وربحها قولا واحدا ولا يثبت الفسخ الا ان الاصح الظاهر جريان القولين في الانحطاط واما الخيار فلا يثبت للمشتري ان قلنا بالانحطاط وفي ثبوته للبائع الخلاف السابق وان قلنا بعدم الانحطاط فلا يثبت للبائع وان المشتري على اظهر الوجهين كما لو عرف عيب المعيب بعد تلفه لكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح كما يرجع بارش العيب اما اذا لم يبعه مرابحة وقال اشتريته بمائة وبعته للمائة وعشرة وكان قد اشتراه بتسعين انعقد بمائة وعشرة قولا واحدا ولا خيار للمشتري لانه الذي ضيع حقه حيث اعتمد قوله فيه قاله القاضي الحسين في التعليق قال وان قال المشتري اشتريته بمائة وبلغني انه كان بعشرين فقال بل بمائة وعشرين لم يقبل لانه رجوع عن اقرار يتعلق به حق ادمي فلم يقبل كالواقف لادمي بمال ثم رجع عنه قال وان اقام عليه بينة لان سماع البينة فرع الدعوى ودعواه غير مسموعة لمناقضتها قوله السابق وفي قوله ان بيّن كذبه للبينة ايضا ويحالف ما لو قال لا بينة لي حاضرة ولا غائبة ثم احضر بينة فانها تسمع على احد الوجهين ان كان من قوله الاول ما يمنع سماعها لان دعواه صحيحة لعدم المناقضة فجاز ان يترتب عليها ولان المقر به هاهنا اثبات مستند الى المحسوس فقوي المرتب عليه لبعد خلافه

وما ذكره في مسئلة الشهود يعني يجوز ان يكون مستندا الى العلم الاصلي
ويكون البينه حاصله ما يجوز خلافه فضعف المرتب عليه فلم يوثر ولهذا
المعنى جرى الخلاف ايضا فيما اذا احال زيا او دعي عمرا وامر بينه بالتلف
ومما يويد هذا الفرق ان الماوردي حكى الجزم بعدم سماع البينه اذا
قال عند الشراء اشتريته بنفسي بمايه وفيما اذا كان قد اخبر عن شرا وكيله
او عبده الماذون في عادتين ان الوكيل اخطا والعبد غلط في اخباره
حكى وجهين في سماع البينه بما ادعاه ثانيا **قال** الا ان يصدقه المشتري
اي في دعوه الزياده ورجحها ان الحق لهما لا يعدوهما ويثبت للمشتري الخيار
وهذا ما حكاه العراقيون وقيل لا يثبت الزياده ايضا ولكن يثبت للبائع الخيار
وهذا اصح في الوجيز وحكى الامام ان الذي ذهب اليه الجمهور من فقهنا الاصحاب
انا نتبين بطلان العقد من اصله وان والده ذهب الى ما حكيناه من صحه
العقد **فرع** اذا كذبه المشتري فهل له تحليفه فيه طريقان في الطريقين
احدهما انه ينبني على ان يمين الرد بمنزله الاقرار او البينه فان قلنا بمنزله
البينه لم تعرض والا عرضت فان حلف برى وان نكل حلف البايع وحكم
له بالزياده ورجحها ويثبت للمشتري الخيار والطريق الثاني انه ان قال
اشتريته لم تعرض وان قال وكيلي اشتري واخبرني بالثمن ثم تبينت خطاه
عرضت وعلى طريقه الماوردي في الصوره التي تجوز فيها اقامه البينه
اذا اشكل عرضت له تحليفه جوابا واحدا **قال** وان ترك العلامه فباع منه
ما اشتراه بعشره بما اشتراه منه بعشرين وخبر بالعشره صح له ذلك لانه
لو صرح به لا فسد البيع وهل يشترط فسد البيع اذا اعتقده كان
مكروها وهذا كما نقول في النكاح اذا اعتقد في النكاح ان يطلقها
ان يطلقها فقال قبلت نكاحها على ان اطلقها اذا وطئتها افسد
العقد على احد القولين قال القاضي ابو الطيب والظاهر عندي ان يبيع

هذا النوب

هذا النوب مرابحه لان الثمن الثاني مع علامه زياده من طريق
الغش والخيانه واذا باعه مرابحه بهذا الثمن كان للمشتري الخيار
وعلى ذلك اقتصر ابن الصباغ والمتولي في التتمه وهو الذي صححه ابن
ابي عصرون **تنبيه** والحاق علامه مخصوص والمراد بالعلامه الاجير
الحر اما لو كان رقيقا لم يجز ان يخبر الا بالثمن الاول لان الشرا الثاني
لم يصح وهكذا الحكم فيما لو اشترى من عامل القراض عينه وكان
للعامل نصف الربح وقد اشترى السلعه بعشره ثم اشتراها رب المال
بخمسه عشر لم يجز ان يخبر بان راس المال عنها الا بخمسه عشر صرح به الماوردي
فايده من جمله ما يحب الاخبار به في بيع المرابحه ذكر الاجل ان كان فلو
اشترى بموجل حالا فما حكاه المسعودي وجها فان لم يخبر به فالحال
ليس في هذه المسئله نص والقياس على مذهبنا ثبوت الخيار للمشتري
وهذا ما صرح به الماوردي عن المذهب والقاضي ابو الطيب عن القاضي ابي حامد
في جامعه وان اخبار كان ما وقع عليه العقد حالا وهل يجب عليه ان
يخبر بما حدث في المبيع من عيب في يده وكذا بما علمه من عيب قديم رضي به
ولو اشتراه بغبن فهل يجب عليه الاخبار به فيه وجهان اصحهما
عند الامام انه لا يجب قال الرافعي وقضيه كلام الاكثرين مقابله لانهم
قالوا لو اشترى بدين على مماطل وجب ان يبينه وكذا لو اشترى من ابنه
الطفل وجب الاخبار عنه لان الغالب في مثله الزياده في الثمن نظرا
للطفل واحترازا عن التهمه فاذا وجب الاخبار عن طريق الغبن فلان
يجب عند تيقنه كان اولى وفي الابانه حكايه الخلاف فيما اذا اشترى
بالدين ايضا ولو اشترى من ابنه البالغ او من ابيه فاصح الوجهين بالاتفاق
انه لا يجب الاخبار عنه كما لو اشترى من زوجته او مكاتبه وفي الشامل
ما يقتضي تردد في الشرا من المكاتب ولو اشترى بعرض وجب عليه ان

وقيمة العروض

وجب عليه ان يخبر به فيقول اشتريته بعرض قيمته كذا لان
العادة فيما بين التجار انهم يتشددون في البيع بالعروض ويتسامحون
فيما يبيعون بالنقود ولو قال قام علي بكذا او ذكر القيمة جاز فرع
بدل الخلع والصداق والجناية ودم العمد والمنافع يجوز بيعه
مرابحة ففي الصداق والخلع يقول قام علي بكذا وهو مهر المثل
وفي الاجارة باجرة المثل وفي الصلح عن دم العمد بدية المقتول قاله
القاضي الحسين في تعليقه ويحتمل وجها اخر انه لا يجوز بيعه مرابحة
لانه لا يقصد بذلك التجارة بخلاف البيع قال ويحرم النجش اصل
النجش بفتح النون وسكون الجيم الاستتار ومنه يحتش الصيد
اي يثيره بالعمل اذا استثرته وسمي الناجش في السلعة كما سنذكره
ناجشا لانه يستثير الرغبات فيها ويرفع في ثمنها وقيل اصله الختل
بمعنى الخداع ومنه قيل للصائد ناجش لانه يختل الصيد ويحتال له
وكل من استثار شيئا فهو ناجش وقيل اصله المدح والاغراء والمحرم
منه ما قاله الشيخ وهو ان يزيد في الثمن اي عما يساويه لا لغرض ليغر غيره
فيشتريه والدليل على تحريمه ما روى الشافعي ومالك عن نافع عن ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش وروى مسلم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا تناجشوا والنهي يقتضي التحريم قال اصحابنا ويأثم الناجش
على التحريم ذلك الا ولم يعلم ما فيه من الغرور وصرح بذلك في التهذيب قال
مجلي وفيه نظر فان تاثيم من لا يعلم التحريم بعيد وفي تعليق القاضي حسين
ابي الطيب تفصيل التاثيم بحالة العلم وهذا الشرط يعم جميع المناهي
المذكورة في الباب كما صرح به الرافعي والبيع صحيح لان التقصير من جهة
المشتري حيث اغتر بقوله ولم يحتط بالبحث عن ذلك ومن اصحابنا من خرج
من خلاف التصرية اذ لا تقصير من جهة المشتري في مثل هذا الفصل حكى
فيما اذا اشترى جوهرا بعدما اراه لمن له معرفة بالجوهر فاخبر
فتبين البيع وقال البلاد والاسلام للمشتري خيار اذا لم يكن النجش بمواطاة من البائع وان كان
ففيه وجه ان نسب التدليس كما في التصرية والثاني وهو ظاهر قول الشافعي كما حكاه الراي
وقال ابن ابي هريرة ... بتشديد ... صل

فاخبر الراي المشتري بجودته وبان بخلافه على ما حكاه القاضي
الحسين في باب بيع البراءة فيلتحق بالنجش فيما اذا قال اعطيت في هذه
العين كذا كذبا فاغتر المشتري قال ويحرم البيع على بيع اخيه
اي الشراء على البيع على بيع اخيه وهو ان يقول لمن اشترى شيئا بشرط
الخيار افسخ البيع اي في زمن الخيار فاني ابيعك مثله باقل من هذا
الثمن لما روى الشافعي ومسلم عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا يبع الرجل على بيع اخيه وروى النسائي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا يبع الرجل على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر والمعنى فيه ان ذلك يوغر الصدور
ويورث الشحناء والقطيعة والهجران وشرط الشيخ في تحريم هذا
ان لا يكون المشتري مغبونا غبنا مفرطا وقال الجويني اذا كان مغبونا غبنا
مفرطا لانه ضرب من النصيحة ولو باع على بيع غيره بالاذن منه ارتفع
التحريم على الاصح وفي معنى ما ذكره الشيخ ما اذا قال لا افعل اجود منه بمثل
هذا الثمن او قال للبائع سلعة في زمن الخيار افسخ البيع لاشتريها منك
باكثر من هذا الثمن وكذا لو طلبها من المشتري بزيادة ربح في زمن الخيار
بحضرة البائع على ما دل عليه كلام الماوردي لانه يؤدي الى ان يفسخ
البائع على المشتري طمعا فيما يبذل له من الربح قال فان فسخ وباعه
صح البيع لما ذكرناه في النجش وهكذا الحكم فيما نذكره من المناهي قال
ويحرم على الرجل ان يدخل على سوم اخيه وهو ان يجيء الى رجل
انعم لغيره في سلعة بثمن اي اجابه وقال له نعم كما ذكره الجوهري
فيزيد ليبيع منه لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يسوم الرجل على
سوم اخيه والمعنى فيه ما ذكرناه وشرط ابو عبيد بن حربويه في تحريم
ذلك ان يكون الاول مسلما اما لو كان ذميا فلا يحرم حكاه عنه
الرافعي في الخطبة على الخطبة قال فان عرض له بالاجابة

أي بأن قال أشاور عليك وما شابه ذلك كره الدخول في سومه
لما فيه من الإيحاش وإنما لم يحرم لعدم رضى البائع وفي الحاوي حكاية
وجه أنه يحرم وعنه تنبيه إلى القدح ولو عرضت السلعة في
النداء جازت الزيادة فيها لما روى الترمذي عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم
باع حلسًا وقدحًا وقال من يشتري هذا الحلس والقدح فقال رجل
أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم فأعطاه رجل
درهمين فباعهما منه وكان في الملأ لا يقصد رجل بعينه ولا يؤدي ذلك
إلى الإيحاش قال ويحرم أن يبيع حاضر لباد وهو أن يقدم
رجل بسلعة يريد بيعها أي في الحال يحتاج إليها في البلد فيجيء
البلدي فيقول له لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها
لما روى النسائي عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع حاضر
لباد وإن كان أباه أو أخاه وروى الشافعي ومسلم في صحيحهما عن جابر
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس في غفلاتهم
يرزق الله بعضهم من بعض أما إذا كانت السلعة لا يحتاج إليها إلا
نادرًا فلا تحريم وإن كان عدم الحاجة لقلة السلعة وكبر البلد أو لعدم
الاحتياج إليها في الحال كما قال القاضي أبو الطيب أو لكونه عام
الوجود رخيصًا كما قال في التهذيب ففي التحريم وجهان ينظر في
أحدهما إلى عموم الحديث وفي الثاني إلى المعنى ولا نزاع في أن القادم
لو سأل الحاضر ذلك لأنه أجاز أن يخرج المنع منه إضرارًا بالبدوي
ولو استشار البدوي الحاضر فيما فيه حظه ليرشده إلى ذلك فحكى ابن الرفعة
عليه عن القاضي أبي الطيب وأبي إسحق المروزي أنه يجب إرشاده إليه لبذل
النصيحة وعن أبي الفضل أنه لا يرشده إليه تنبيه قول الشيخ
يقدم رجل هو بفتح الياء والدال يقال قدم بكسر الدال يقدم بفتحها

قدوما

قدومًا ومقدمًا قال ويحرم تلقي الركبان وهو أن يتلقى القافلة
ويخبرهم بكساد ما معهم ليغبنهم أي فيما يشتريه منهم لما روى
مسلم عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجلب فمن
تلقى فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار وقد روى
أبو داود عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب فإن
تلقى متلق فاشترى فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق وغير
ذلك من الأحاديث وفيها نظر إلى أهل البادية كما نظر في الأحاديث
المذكورة في الفصل السابق قبله إلى أهل الحاضرة وقد قاله أبو إسحق
في الشرح وفي الحاوي ما يدل على أن المنع من تلقي الركبان لأجل أهل
المدينة إما خشية انقطاع القوافل عنها وعدولهم إلى غيرها
كما حكاه عن الجمهور أو خشية أن يحبسه المبتاع في بلده فيضيق
الحال على أهل المدينة كما حكاه عن غيرهم تنبيه القافلة عند أهل
اللغة الرفقة الراجعة من السفر ومن قال القافلة تطلق على الذاهبة
والراجعة فقد أخطأ لأن القفول الرجوع يقال قفل يقفل بضم الفاء
وأطلق الشيخ على الحاضرة قافلة باعتبار ما يؤول إليه والكساد
مصدر كسد الشيء بفتح السين يكسد كسادًا فهو كاسد وكسيد
وقوله ليغبنهم بفتح الياء المثناة وكسر الباء الموحدة يقال غبنه
بالفتح يغبنه في البيع غبنًا بإسكان الباء وفي رواية بفتح الباء
ضعف وقال ابن السكيت هما لغتان إسكان الباء وفتحها والأكثر ما
يستعمل في الشراء والبيع بالفتح وفي الرأي بالإسكان والغبن في الشراء
والبيع الوكس وقيل الخديعة وقيل النقص قال فإن غبنوا فلهم
الخيار أي سواء أخبرهم بسعر البلد أو كذب أو
سكت كما صرح به في المهذب لعموم الخبر وهل هو على الفور أو يمتد

الى ثلاثة ايام فيه وجهان كما في خيار التصرية واصحهما الاول
ولا يثبت لهم قبل ان يقدموا ويعرفوا السعر صرح به البغوي وغيره
وكان ينبغي ان يتخرج على الخلاف الاتي في انه اذا لم يغبنهم هل يثبت
لهم الخيار وان قلنا لا يثبت اتجه ذلك وان قلنا يثبت فيكون في ثبوته
قبل قدوم السوق خلاف كما حكيناه في شرا الغايب قال وان لم يغبنهم
فعلى قول يثبت لهم الخيار لعموم الخبر وهذا قول من علل المنع بالمعنى
الثاني الذي حكيناه عن الماوردي وقيل لا يثبت لانه لم يوجد تغرير
وخيانة وهذا هو الاصح وهو قول من علل المنع بالمعنى الاول قال الرافعي
وقد اجري الوجهان فيما اذا ابتدا الباعة فالتمسوا منه الشرا مع
علمه بسعر البلد او غير علم وفي حلية الشاشي حكاية فيما اذا
كان قد غبنهم فلم يعلموا بالبلد حتى رخص السعر وعاد الى ما كان
اخبرهم به ولو لم يقصد التلقي ولكن خرج لشغل اخر من اصطياد
وغيره فراهم مقبلين فاشترى منهم شيا فهل يعصي فيه وجهان
اصحهما عند الاكثرين نعم لعموم المعنى فعلى الاول الخيار لهم ان كانوا
مغبونين وقيل ان اخبر عن السعر كاذبا ثبت وعلى الثاني حكمه ما
سبق ولو تلقى الركبان وباع منهم ما يقصدون شراه من البلد فهل هو
كالتلقي للشراء فيه وجهان قال ويحرم التسعير اي وهو ان يامر
الناظر في امر المسلمين اهل السوق ان لا يبيعوا امتعتهم الا
بسعر كذا والاصل فيه ما روى ابو داود عن انس قال الناس
يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله
هو المسعر القابض الباسط الرازق واني لارجو ان القى الله
وليس احد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال ولان الناس
مسلطون على اموالهم والتسعير عليهم ايقاع حجر وذلك غير

جائز

غير جائز في مطلق التصرف ولان الامام مندوب الى النظر
في مصالح الكافة وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن
باولى من نظره في مصلحة البائع لوفور الثمن واذا تقابل الامران
وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لانفسهم ولا فرق في ذلك
بين حالتي الغلا والرخص وفي وقت الغلا وجه انه يجوز رفقا بالضعفاء
وعن ابي اسحق انه ان كان يجلب الطعام الى البلد فالتسعير حرام
وان كان يزرع بها ويكون اقتناؤه منها فلا يحرم وحيث جوزنا
التسعير فذاك في الاطعمة ويلحق بها علف الدواب في اظهر
الوجهين واذا سعر الامام فخالف استحق التعزير وفي صحة البيع
وجهان منقولان في التتمة وعلى القول بتحريم التسعير لو فعله الامام
وباع الناس امتعتهم بما سعر عليهم نظر ان اكرههم على بيعها
ولم يمكنهم من تركها لم يصح البيع وان لم يكرههم لكنهم كانوا كارهين
للتسعير فالبيع جائز لكنه مكروه قاله الماوردي قال ويحرم
الاحتكار في الاقوات اي خاصة قال وهو ان يبتاع طعاما في وقت
الغلا اي بالمد ولا يبيعه ويمسكه ليزداد في ثمنه لما روى مسلم عن
سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من احتكر فهو
خاطي وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون قال وقيل يكره لان فيه تضييقا على المسلمين ولا يحرم لانه
ماله المطلق فيه تصرفه وقد كان سعيد بن المسيب يحتكر فقيل له فقال ان
معمرا الذي كان يحدث بهذا الحديث اي الاول كان يحتكر ذكره مسلم
والمذهب الاول لما روى ابو امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يحتكر
الطعام وظاهر النهي يقتضي التحريم ودلالة اللعن تدل على التحريم
ولا باس بالشراء في وقت الرخص ليبيع في وقت الغلاء ولا بان يشتري في

في وقت الغلا لتتفقه عياله ونفسه ثم يفضل شيا فيبيعه في
وقت الغلاء ولا يحرم عليه ان يمسك غلة ضيعته ليبيع في وقت
الغلا والاولى ان يبيع ما فضل عن كفايته وهل يكون امساكه مكروها
فيه وجهان ولو اضطر الناس الى الطعام وعند شخص فضل عن
قوته وجب عليه بيع ما فضل عنه فان لم يفعل اجبره السلطان عليه
ولنختم الباب بما جرت عادة الائمة بذكره معه وهو بيع التولية
والاشراك الا ان الشيخ ذكرهما في باب السلم فيحتاج الى معرفتهما
فالتولية ان يشتري شيا ثم يقول لغيره وليتك هذا العقد فيقول
المشتري قبلته او توليت على قاعدة التخاطب وذلك جائز ويلزم
القابل مثل الثمن الاول قدرا وجنسا وصفة وانما يشترط ذلك
اذا علماه فان لم يعلمه المشتري اعلمه البايع اولا ثم ولاه العقد
فان لم يعلم فهل ينعقد فيه الخلاف المذكور في نظيره من المرابحة على ما حكاه
ذكره المتولي ولو حط عن المولي من الثمن انحط عن المولى ولو كان بعد
التولية ولو حط الكل بعد التولية فكذلك على ما حكاه في البسيط
وغيره مع حكايته عن الاصحاب القطع بان حق الشفعة يتجدد
بعقد التولية وان الزيادات المنفصلة تسلم للمولى وعن القاضي
الحسين ان الوجه المشهور في جميع هذه الاحكام تنزل اي يجعل
المولى نايبا عن المولي فتكون الزوايد للمولي ولا تتجدد الشفعة ثم
ويلحق الحط المولى وعلى راي يعكس هذه الاحكام ويقول هو بيع
جديد ثم ظاهر المذهب الفرق بين الزوايد والشفعة
وبين الحط وعلى هذا لو حط البعض قبل التولية لم تجز التولية
الا بالباقي ولو حط الكل لم تصح التولية ولو اخبر المولي عما
اشتراه وكذب فمنهم من قال هو كالكذب في عقد المرابحة ومنهم
من قال يحط قدر الخيانة قولا واحدا ومن شرط هذا العقد القدرة

على

القدرة على التسليم والتقابض اذا كان في مال الربا وكذا
ساير الشروط ولو تخوز قبل القبض من غير البايع على احد الوجهين
في الرافعي وكذا من البايع وجهان مبنيان على البيع منه واولى بالصحة
قال المتولي ويشترط ان يكون الثمن الاول من ذوات الامثال فلو كان
عرضا واراد ان يعبر عنه بعبارة الشراء بان قال اشتريت كذا وقد
وليتك العقد بما اشتريته لم يصح العقد الا ان يكون ذلك العرض بعينه في
ملك المولى اما اذا قال قام على بكذا وقد وليتك العقد بما قام على
فوجهان احدهما يجوز كالمرابحة والثاني لا يجوز والفرق ان العقد الثاني
في المرابحة يخالف الاول في قدر الثمن فجاز ان يحتمل ايضا نوع مخالفة
باختلاف الجنس مع الاتفاق في المعنى وذلك بيع بقدر قيمته فاما
في التولية فلا مخالفة بين العقدين اصلا واما الاشتراك فهو ان
يشتري شيا ويشرك فيه غيره ليصير له بعضه بقسطه من الثمن
ثم ان نص على المناصفة فذاك وان اطلق فوجهان احدهما يصح ويحمل
على المناصفة وهو الاصح عند الغزالي وبه جزم في التتمة والثاني
الفساد وهو ما اورده في التهذيب وحكم الاشتراك في البعض حكم
التولية في الكل في جميع ما ذكرناه

باب اختلاف المتبايعين

قال اذا اختلف المتبايعان في ثمن السلعة او في شرط الخيار
او الاجل او قدرهما ولم يكن لهما بينة تحالفا والاصل في قاعدة
التحالف قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف البيعان فالقول قول
البايع والمبتاع بالخيار رواه الترمذي عن ابن مسعود ومعناه
ان المبتاع بالخيار بين امساكه بما حلف عليه البايع وبين ان يحلف
على ما يقوله بعينه الرواية الاخرى اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وكل واحد

من المتبايعين منكر ومدع لان البايع يدعي الزيادة في الثمن وينكر
النقصان والمشتري يدعي ملك العين بالثمن الاقل وينكر الزيادة
ويوضح ذلك ان كل منهما اقامة البينة على ما ادعاه والبينة انما
تسمع من المدعي على منكره كما في سائر الخصومات فيقتضي ان يكون
القول قول المشتري اذا كان الاختلاف في الثمن كما صار اليه ابو ثور
لان الثمن مسلم اليه وقد ادعى عليه الزيادة وهو منكرها ولكن صرفنا
عنه ما ذكرناه من الاحاديث والمعنى انه لما كثر الاختلاف في
العقود ومبنى الكل صار كل بالتساوي المتعاوضين وفي يصلح
احدهما لطرد بالآخر ولا فرق في ذلك بين ان تكون السلعة قائمة او
تالفة ولا بين ان يكون بعد لزوم العقد او قبله خلافا للقاضي الحسين
فانه قال لا يجري في زمن الخيار لامكان الفسخ بغيره وهو ما حكاه
الماوردي في كتاب السلم فيما اذا اختلفا في الاجل قبل التفرق وزاد
انه لا عقد بينهما وقد ابطل ما قاله القاضي بانه واتفق على جواز
التحالف في القراض مع جوازه وقد نص الشافعي على التحالف في الكتابة
مع جوازها من جانب المكاتب وللقاضي ان ينفصل عن القراض بان
تحالف بعد الخوض في العمل وان الاختلاف قبل الخوض فيه لا معنى له
مع انه تعرض له ان يجعل نفس التنازع فسخا واذا كان كذلك فالتحالف
فائدة لا يفيدها الفسخ بخلاف فسخ البيع في زمن الخيار فانه لا يستفيد
شيئا تزيله التحالف ثم الاختلاف في الثمن يكون من ثلاثة اوجه
احدها في قدره كما اذا قال بعتك بمائة فقال بل بخمسين والثاني
في جنسه كما اذا قال بعتك بالدنانير فقال بل بالدراهم والثالث
في نوعه كما اذا قال بعتك بقاشاني فقال بل بنيسابوري وامثال ذلك
والاختلاف في شرط الخيار والاجل يكون من وجهين فاذكر الشيخ

ابتداء في — بغيره — سلم

احدهما في اصله

احدهما في اصله بان يقول احدهما بعتك بشرط الخيار او الاجل
فينكره الآخر والثاني في قدره بان يقول احدهما شرطنا الخيار ثلاثة
ايام او الاجل شهرا فيقول الآخر بل يومين وعشرة ايام مثلا
وعدول الشيخ عن قوله او قدرهما الى الثمن والخيار والاجل الى
قوله او قدرهما الى الدلالة ذلك على جواز التحالف عند الاختلاف
في قدر الثمن من طريق الاولى لان شرط الاجل والخيار وقصرهما
يظهر في الثمن اذ هو يبذل بزيادتهما ويقل بقصرهما او لان التثنية
لا تعود الى الخيار والاجل بل الى النوعين اللذين ذكرهما فالاول
ما لا بد منه وهو الثمن والثاني ما منه بد وهو ما يصح اشتراطه
من خيار او اجل والله اعلم ولو وقع الاختلاف في انقضاء الاجل مع
الاتفاق على قدره فلا تحالف والقول قول من عليه الاجل وحكم
البيع اذا وقع الاختلاف فيه وكان الثمن معينا حكم الثمن وان كان
في الذمة فسطران ومع الاتفاق على شيء من المبيع والاختلاف في
ضميمة اليه مثل ان يقول بعتك هذا العبد بالف فيقول بل هو وهذه
الجارية بالف فيجري التحالف ايضا صرح به المحاملي والماوردي وابن
الصباغ والمتولي وغيرهم وان لم يقع الاتفاق على شيء من المبيع بان يقول
بعتك هذا العبد بالف فقال بل هذه الجارية فسيأتي الكلام عليه وحكم
الاختلاف في شرط الرهن والضمين وفي قدرهما حكمه في الاجل
وهو جار في كل ما يجوز شرطه من قدر المبيع كاتبا او خياطا ونحو
ذلك وفي البراءة من العيوب اذا صححنا هذا الشرط كما صرح به القاضي
الحسين في التعليق وحكى اختلاف الاصحاب في حد ما يشرع
التحالف فيه فقال منهم من قال ان بنينا على وجه بعد اعترافهما
بالانعقاد او تنازعا على ذلك حالة العقد امتنع به الانعقاد

الوجه

لكل
لو

المخالفة

لاجل التحالف ومنهم من قال ان يتنازعا ليسمع بينه كل واحد
منهما ولو اقاما جميعا البينه تعارضت بينتهما ومنهم من قال ان
يتنازعا في مقصود من العقد او مشروط فيه لو اقام كل واحد منهما
عليه البينه سمعت وقال القياس في شرط الكتابه والبراءة ان لا تحالف
والقول قول البايع وهذا قد صرح به المتولي في الكتابه حكايه عن بعض
الاصحاب وهو قضيه ما حكاه في الاشراف عن ابن سريج في ان التحالف
لا يجري في الاختلاف في الخيار والاجل وضبط الامام ما يجري فيه
التحالف بكل عقد يشتمل على عوض اما اذا كان لها بينه وقلنا
تستعملان معا الا فتح والنتمه انه موقوف على الجمهور الحال وفي شرح ابن
التلمساني انه الاشبه وفي الترعه والوقف وجهان والمرجح
في الحاوي وجه القرعه **تنبيه** كلام الشيخ يشمل ما اذا كان المتبايعان
وكيلين او ما لكين او احدهما وكيلا والاخر مالكا وقد حكي في حلف
الوكيل وجه اخر انه لا يحلف ويحلف موكله وهي المحكي في المرشد ولا
نزاع في ان الوارث يقوم مقام مورثه في التحالف **فرع** لو قال بعتك
هذا العبد بهذا الثوب وثوب اخر فتلف في يدك فقال المشتري
انما اشتريته بهذا الثوب لا غير قال القاضي الحسين في تعليقه
هذا ينبني على تفريق الصفقه وقدر ما يجيزه العقد فان قلنا لا
تفرق الصفقه في الابتداء وينفسخ العقد في القايم ايضا وان
قلنا يفرق وياخذ القايم بجميع الثمن فلا معنى للتحالف لانه في الاولى
لا يدعي بقاء عقد في الحال حتى يرد عليه التحالف وفي الثانيه يلزمه جميع
العبد في مقابله الثوب الذي في يد المشتري وان قلنا ياخذه
بالحصه فيتحالفان لانه نزاع في قدر ما يلزم تسليمه من العبد
المشترا قال الامام وهذا الذي ذكره حسن سديد ولكن يتطرف

سطرف

يتطرف الكلام اليه في شيء وهو انا اذا قلنا لا بدل في مقابله
الباقي فهذه الحاله لو جرت تضمنت خيار البايع والمشتري بعد
فلا ذي التنازع الى ما ذكره في الخيار وهو مستند الى نزاع في
المعقود عليه فيتجه التحالف كما لو تنازعا في شرط الخيار ثم قال
هذا نظرنا الان والراي معرد للمشترك بين الفقها **قلت** ويتجه
ان يقال الاختلاف يقتضي التحالف ما تزيد به الثمن او ينقص كما
صرح الاصحاب ايضا وذلك من امر يقترن بالعقد وما في معنى الاقتران
اذ هو حال المعامله واذا كان كذلك فهذا الخيار المختلف فيه بعد
ذلك بسبب فلا يقتضي زياده في الثمن ولا انقصان والصحيح ما قاله القاضي
قال فيبدا البايع لما روى النساي عن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر البايع ان يحلف ثم يختار المبتاع فان شا اخذ وان شا ترك ولان
جنبته اقوى بعد التحالف اذ المبيع يرجع الى ملكه والاصل في اليمين
ان يكون من جانبه اقوى ولان البايع ياتي بصيغة العقد فكان اولى بالبدايه
بها وهذا نصه هاهنا ووافقه نصه في السلم انه يبدا بالمسلم اليه وفي
الكتابه بالسيد وخالفه نصه في الصداق على انه يبدا بالزوج وهو
في رتبه المشتري ولاجله خرج بعض الاصحاب منه قولا الى هاهنا
انه يبدا بيمين المشتري وجهه بانه اقوى جنبه لكون المبيع وقت
التحالف على ملكه وقد خرج بعضهم من نصه في كتاب الدعاوى في العقار
على انه ان بدا البايع باليمين خير المشتري وان بدا بها المشتري خير
البايع قولا ثالثا انهما يستويان ووجهه بان كل منهما مدع ومدعى
عليه وقد حكي ان الشيخ ابا حامد قال انه الاقيس فعلى هذا يتخير
الحاكم في البداءة بايهما وهو ما جزم به الماوردي والمحاملي وابن
الصباغ وغيرهم وقيل يقرع بينهما ورجحه الامام والصحيح ما قاله

الدكر

يحرف

اليه و

ما قاله السنجي وبه جزم بعضهم وفرق بين البايع والزوج بان اثر
التحالف في النكاح يظهر في الصداق والزوج في رتبه بايع له وكان جانبه
اقوى بعد التحالف فان النكاح يبقى له فهو بمنزله البايع وحمل بعضهم في
الدعاوى على حكايه مذهب الغير وبعضهم حمله على ان ذلك راجع
الى الاجتهاد فان للاجتهاد مساغ فيها فهو محل هذا الخلاف
على ما حكاه الامام فيما اذا باع عرضا بثمن في الذمه اما اذا
تبادلا عرضا بعرض فلا يتجه الا التسويه قال الرافعي وينبغي
ان يخرج ذلك على ان الثمن ماذا وهل هذا الخلاف في الاستحباب
او الاستحقاق فيه وجهان في الحاوي اظهرها الاول والذي نقله
الامام الثاني واعلم ان ما ذكرناه من تقديم البايع او المشتري
يجري في كل من حل محلهما من مسلم ومسلم اليه ومساق ومساقا
ومقارض ومقارض ومستاجر واجر وفي نسخه مكاتب وزوج
وزوجه في صداق او عوض خلع وغير ذلك على ما صرح به الامام في
قال فيحلف انه ما باع بكذا ولقد باع بكذا او يحلف المشتري انه ما
اشترى بكذا ولقد اشترى بكذا اي بعد ان يعرض على ما حلف عليه
البايع فيتردد ما صرح به المحاملي والدليل على ان هذا مقبول بالنفي
والاثبات ان مدع يحتاج في اثبات ما يدعيه الى النص على الاثبات
ومدعى عليه يحتاج في نفي ما ادعي عليه به الى اليمين النفي ووجه
تقديم النفي على الاثبات ان الاصل يمين المدعى عليه ولاجل ذلك
سمعت يمين الاثبات قبل النكول تبعا لما هو الاصل ووجه
الجمع بينهما في يمين واحده ان ذلك اقرب الى فصل الخصومه والقضا
وهذا هو الصحيح في الطرق ووراه وجوه اخر احدها انه يكفي
يمين النفي ثانيا على سائر الخصومات وهو مخرج من نصه فيما

اذا

اذا كان في يد رجلين دار فادعى كل منهما ان جميعها له فانه
قال يحلف كل منهما على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في
يده فان حلف احدهما اخذها وحلف الاخر فالاخر يحلف يمينا اخرى
على الاثبات قال ابن يونس قال القاضي ابو الطيب وهذا هو الصحيح وفرق
وفرق القايل الاول بان المثبت في مسله الدار متمكن عن النفي لانه
اذا اختلفا سلم لكل واحد منهما ما في يده الاخر وها هنا المثبت لا
يتمكن عن النفي لانه اذا تحالفا لا يبقى حق احدهما في العقد الذي
اثبته واذا لم يتمكن احدهما عن الاخر كان المدعي شيا واحدا فيضمن
النفي والاثبات وحكى الامام والغزالي ذلك في الدعاوى والبسيط
وقال ها هنا ان مسله الدار لا خلاف فيها وليس هذا مما ينقل فيه
الجواب الى الجانب الاخر حتى يعرض جريان القولين في الجانبين نقلا
وتخريجا لكن مسله الدار متفق عليها واقتصر في الوسيط من هذا اللفظ
في هذا الموضع على لفظ الاتفاق وقد ساعدهما على ذلك ابو حامد
والمحاملي والرافعي وهذا الخلاف انما هو اذا حلف واحد منهما لا حاجه فيما
به الى الاثبات واليمين على الاثبات يمين الرد فكيف يحلف الاول
يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد وهو يحلفها الثاني وقد حلف صاحبه
الثاني ذهب ابو سعيد الاصطخري الى تقديم الاثبات على النفي قياسا
على اللعان قال اصحابنا وليس بشي لان اللعان لا نفي فيه فانه يحلف
بان يقول انه لمن الصادقين وان يقول لمن الكاذبين فانه يحلف بالصدق
في الحالين فمحل خلاف الاصطخري اذا اكتفينا بيمين واحده جامعه
بين النفي والاثبات اما اذا قلنا لا بد من يمينين قال الماوردي
فلا خلاف بينهم انه يبدا في اليمين الاولى بالنفي وفي الثانيه باعاده
خلاف الاصطخري على القولين وذلك في مجموع المحاملي الثالث حكاه

في الاشراف عن ابي الحسين بن القطان انه لو بدا بيمين النفي والاثبات فان بدا احدهما بالنفي حلف الثاني على الاثبات ليكون صلة وان بدا بالاثبات حلف الثاني على الاثبات ليكون صلة الاول
نقل القاضي ابو حامد في جامعه ان من اصحابنا من قال الحلف كل منهما يمينين فيقول البايع والله ما بعته بكذا ويقول المشتري والله
ما اشتريته بكذا قال وهو الاقيس وبه اجاب في المرشد وقال
القاضي ابو الطيب في تعليقه عقيب هذا اليمينان اصح عندي لان
المنفي غير المثبت وقد يعترف ما يمنع ذلك وعلى هذا القول حكى
قال الماوردي العوض الخارج على المشتري في قول العقد بما حلف عليه
البايع من النفي وانما يعرض عليه ذلك بعد ان يحلف البايع على الاثبات
ثم هذا كله تفريع على القول بان البداية بالبايع اما اذا قلنا البداية
بالمشتري فينعكس الحال ولو قيل بالا ينبغي من ادعى عليه الزيادة من
بايع او مشتر لانه الاصل لكان اولى ويجري الام الاصحاب يدل على ان
الاختلاف السابق فيمن يبدا به اذا كان الاختلاف في عين المبيع
والخامس عشر الرابع وجهه الاختصار لان البايع يقول والله
ما بعته بكذا ويقول المشتري والله ما اشتريته الا بكذا **الصحيح**
اذا اقتصرنا على يمين واحدة جامعة بين النفي والاثبات فهي للحالف
وان قلنا يحلف كل واحد يمينين فاذا حلف الاول على النفي ونكل
الثاني عرضت على الاول يمين الاثبات فان حلف قضي له وان نكل لم
تعرض عليه لاحتمال صدقه في نفي ما ادعى صاحبه وكذبه فيما ادعى
وعن الشيخ ابي محمد انه قال ويحالفا ولو نكل الاول عن يمين النفي لان
المحوج الى الفسخ حاله النفي وقد حصلت وهذا انظر وانه عين
القول المخرج في مسلة الدار الا ان يقال ابدا لا ينفسخ العقد الا بعد
النفي والاثبات وقضي له ولو حلف على النفي من جهة ان اصحهما انه قال الشيخ
ولا حاجة بعده الى يمين الاثبات

القول

القول ويكون جالدا اما بعتك هذا العبد فقال بل هذه الجارية
محسبه يكون غيره والثاني يعرض يمين الاثبات عليهما فان حلفا
ثم التحالف وان نكل احدهما قضي للحالف وهذا ما حكاه ابن الصباغ ولو
نكلا جميعا فوجهان احدهما ان ذلك بمنزلة حلفهما والثاني يوقف الامر
وابدا الامام اشبه الاوجه اذا حلفا يمين النفي وحلف الاول يمين الاثبات
ونكل عنها الاخر وجب ان يثبت الاثبات من الاول عارضتها يمين النفي
من الثاني فيصير بعض بها واجيب عنه انهما صارا باليمين الواحدة في النكول
عن بعض اليمين بمنزلة النكول عن جميعها فلا معارضة **فرع** لو كان المبيع
جارية ووقع الاختلاف في ثمنها فهل يحل للمشتري وطؤها قبل التحالف فيه
وجهان ولو جرى التحالف ولم يرد الوطء قبل الفسخ فوجهان من يشاء
واولى بالتحريم **قال** فاذا حلفا لم ينفسخ العقد حتى يفسخ على المنصوص
اي في الكتب الجديدة والقديمة على ما حكاه القاضي ابو حامد وهو الصحيح
لان كل منهما بعقد بيمينه اثبات الملك فلا يجوز ان يكون موجبة لفسخ الملك
لانهما صادقان ولان البينة اقوى من اليمين ولو اقام كل منهما بينة على ما يقوله
لا ينفسخ العقد فاليمين اولى ان لا ينفسخ ولان العقد وقع صحيحا باتفاقهما
فلا ينفسخ الا بالفسخ قياسا على سائر العقود **قال** فان رضيا
باحد اليمينين اي على البدل بان يقنع البايع بما قاله المشتري او المشتري
بما قاله البايع اقر العقد لان الاخر معترف بوقوع البيع بذلك فيجبر عليه
ان لم يرض بعد **قال** وان لم يرضيا فسخا اي بانفسهما من غير احتياج
الى اذن الحاكم فيه بعد جريان التحالف على اذ هو شرطه انه فسخ استدرك
الظلامة في المبيع فاشبه الرد بالعيب وهذا هو الاظهر في الرافعي
والاقيس في البسيط وقال ادعوا ان البايع يفسخ ما فلا يلزم المشتري
ولا يفسخ بل يعتاد الربح بالنفقة وفي الشامل ان هذا لا يصح لانا

لا نعلم ايهما المتعدي فكل لاحد منهما ان احدهما ظالم وهذا امعنه
يدل على انه لا يشترط على هذا الوجه ان يتوافقا على الفسخ
بل ايهما فسخ نفذ كما صرح به السبكي معتمدا قول الشيخ وفسخا
اي على البدل وقد وافق الشاشي ابن الصباغ على تضعيف هذا
الوجه في الحلية وحمله على حالة اجتماعهما على الفسخ وكذلك صاحب
الاشراف واورد على نفسه ان الفسخ الواقع منهما لا يختص بحالة
التحالف فانهما لو تقايلا في الحالة هذه سالمة جاز التقايل
ثم اجاب بان معناه ان القاضي لا يدعهما يتنازعان وبينهما تخالف
الخ بل يقول لهما اما ان ترضيا باحد الثمنين واما ان اجعلكما
على الفسخ بالاجبار ونظيره المولى اذا امتنع من الفيئة اجبره
القاضي على الطلاق قال وقيل لا ينفسخ الا بالحاكم لانه فسخ
مجتهد فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنة والاعسار وهذا
ما اورده القاضي ابو الطيب ومال ابن الصباغ الى ترجيحه وبه
اجاب في المرشد ثم ظاهر كلام الائمة هاهنا ان القاضي
يتعاطى الفسخ بنفسه ونوزع ان صاحب الاشراف قال ان هذا
قول من قال ان القاضي يطلق على المولى وظاهره انه لا يجري على هذا
القول كما قاله الاصحاب في الفسخ بعيوب النكاح ان للمراة الفسخ
باذن الحاكم او يفسخ الحاكم بنفسه والخيرة اليه على ما حكاه ابن
الصباغ وان الخيرة الى المراة بعد الرفع الى الحاكم بين ان تفسخ بنفسها
وبين ان تفسخ باذنه كما قال الغزالي ويؤيده انهم قاسوا هذا القول
على ما ذكرناه لكن في الوسيط انهم قطعوا بان القاضي هو الذي
يفسخ بعذر العنة وان كان الحكم في الوسيط في احكام العنة موافق
لما ذكرناه فانه قال اذا قضى القاضي بالعنة فسخت كما في الجب وسائر

العيوب

حكاه

العيوب وعند وجه ان القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ انتهى
ثم على هذا القول لا يتوقف فسخ القاضي على طلبهما الفسخ قال في
الاشراف وقد غلط من ظن من اصحابنا ان الفسخ من القاضي يقف على
طلب المتبايعين الفسخ او طلب احدهما لان القاضي لو تركهما بقيا دائمين
في الخصومة كما في مسئلة الشقاق وفي المسئلة قول مقابل المنصوص
ان العقد ينفسخ بنفس التحالف وهو قول المزني في المنثور كما حكاه
في الاشراف ووجهه ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف
المتبايعان تحالفا وترادا وبالقياس على فسخ النكاح باللعان فانه
ينفسخ به وعلى هذا لو رضيا باحد الثمنين لم يغن العقد واحتاجا
الى عقد جديد وهل هذا الفسخ يرفع العقد من اصله او من حينه فيه
وجهان اولاهما الثاني وهو ما جزم به القاضي الحسين في التعليق
وبني سواه وحكى الاول عن ابي علي الفارسي وعليه ينبني رد الزوائد النوايك
وبني عليه الشيخ ابو علي تتبع التصرفات بالنقض وهو يعتد على قول الفسخ او
الانفساخ لا يتبين في النفوذ ظاهرا وهل ينفذ باطنا حكى الماوردي
وغيره من العراقيين فيه ثلاثة اوجه ثالثها ان كان البائع صادقا
نعم لتعذر وصوله الى حقه كالفسخ بالافلاس وان كان كاذبا
فلا لتمكنه من الوصول الى ما له واختيار ابن ابي عصرون في
المرشد عدم الانفساخ وهذه الوجوه من طريقين حكاهما
الامام فيما اذا قلنا لا ينفسخ بنفسه وجزم بانفساخه باطنا
اذا قلنا بقول الانفساخ وذلك هو موجود في تعليق القاضي الحسين
ايضا وقال المحاملي هذه الوجوه ترجع الى وجهين لان البائع لا بد ان
يكون ظالما او مظلوما وسلك الغزالي طريقا اخر فقال ان تراضيا
الا ان القاضي بالظاهر انه ينفسخ في الباطن ان جوزناه

وهو

بلنظم

للتعاقد فلو عاد المتعاقدان على الفسخ بالإقالة كما لو تقايلا وان
اقدم عليه من هو صادق فكذلك وان بادر الكاذب فلا ينفسخ
مطلقا فان الصادق ان ينشئ الفسخ ان اراد ويظهر اثر الاختلاف في
جواز تصرف البائع في المبيع بعد عوده اليه فانه لا نزاع في انه
يعود اليه فان قلنا انه ينفسخ في الباطن فلا منع وان كان مظلوما كان
بمنزلة من كان له على شخص دين وظفر بغير جنس حقه وع لو قال
البائع لم اعلم كونه كاذبا او صادقا فهل له ان يتملك المبيع بناء
على ان الظاهر انه لا يكذب قاله القاضي الحسين آخر اذا انفسخ العقد
بالتحالف وكانت العين المبيعة تالفة وجب مثلها ان كانت من
ذوات الامثال وعن الحاوي ان الاصح من الوجهين انه يرد قيمتها لانه
لم يضمنها وقت العقد بالمثل وانما ضمنها بالعوض بخلاف الغصب وان
كانت من ذوات القيم ضمن قيمتها سواء كانت مثل الثمن او اقل او اكثر
وقال ابن خيران ان انفسخ ما زاد على الثمن الذي يدعيه صرح به في الحلية
وهو نازع الى ان الفسخ لا ينفذ باطنا وفي قيمة تعتبر فيه اربعة اوجه
اصحها عند الغزالي قيمته يوم التلف لان مورد الفسخ العين لو بقيت
والقيمة خلف عنها والثاني اقصى القيم من وقت القبض الى وقت التلف لان
يده يد ضمان فيعتبر اقصى القيم وهما موجودان في طريقة العراق وفي
التهذيب والثالث قيمته وقت القبض لانه وقت الدخول في الضمان وما
حصل من زيادة او نقصان فهو في ملكه والرابع اقل قيمة من وقت العقد
الى وقت القبض لانها ان كانت يوم القبض اقل فالنقص حصل في يد البائع
فلا يغرمه المشتري وان كانت القيمة يوم العقد اقل فالزيادة حصلت
في ملكه وهذا ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه وقال الامام انه
اضعفها قال الشيخ ولو على هذا الخلاف ناظر الى ان العقد يرتفع من اصله او

رحمه

من حينه ان قلنا بالاول لزمه اقصى القيم وان قلنا بالثاني
اعتبرنا قيمته يوم التلف وقال المتولي ان قلنا بالاول فهو كالمستام فيه
اي فتأتي الاقوال الثلاثة التي ذكرناها في ضمان المبيع الفاسد وان
قلنا بالثاني فهي الوجه الذي حكيناه عن القاضي الحسين ومحل هذا
الخلاف كما حكاه في الاشراف اذا قلنا ان الفسخ يقع في الباطن ولو
كانت العين المبيعة باقية بحالها فلا تعلق بما حدث الا ردها وكذا لو
كانت زايدة وان كانت ناقصة ردها مع الارش وهو قدر ما نقص من
القيمة قال الشيخ ابو علي وهذا الاصل مطرد في المسائل ان كل موضع لو
تلف الكل كان مضمونا على الشخص بالقيمة فاذا تلف البعض كان مضمونا
عليه ببعض القيمة الا في تعيب الزكاة المعجلة في يد الفقير ففي الرجوع
اليه بالارش وجهان وكذلك حكاه الامام وادعى انعكاسه بان كل
من لا يضمن القيمة اذا تلفت العين في يده لا يضمن الجزء اذا تلف كالبائع يتعيب
المبيع في يده قبل القبض قلت وهذا الاصل يستثنى منه مسائل منها
المسألة التي نحن فيها فان الامام حكى في اخر النهاية عن الشيخ ابي علي انه
تشبث باجراء الخلاف فيها بعد ان قال ان صاحب الوجه بعدم الرجوع
بالارش ان طرده فيها كان قريبا من خرق الاجماع ومنها لو تعيب
الصداق في يد الزوجة قبل الطلاق وعاد الشطر اليه لم تغرم الزوجة
الارش اذا اختار الرجوع الى الشطر ولو تلف لزمت نصف القيمة
على ما حكاه الغزالي ومنها لو رد المبيع بعيب وقد حدث عيب في
يد البائع كان المشتري مخيرا بين ان يقنع به ولا ارش له وبين ان يأخذ
القيمة على احد الوجهين كما حكيناه من قبل ومنها اللقطة اذا احضر
مالكها وقد تعيبت في يد الملتقط فانه يجري فيها مثل هذا الخلاف
مع ان ذلك لو تلف لرجع المالك بالقيمة ومنها القرض اذا تعيب في يد المقترض

ثم رجع المقرض فانه مخير ان شاء رجع فيه ناقصا ولا ارش له
وان شاء رجع بمثله اذا كان من ذوات الامثال حكاه الماوردي
ولم يحك سواه وحكى فيما اذا كان الواجب رد القيمة خلافا في ذلك
ويقرب مما ذكرناه ما حكاه الغزالي عن نص الشافعي فيما اذا تعلقت
العين المغصوبة في يد المشتري من الغاصب وغرم ارشها انه يرجع
بالارش على الغاصب ولو تلفت العين وغرم قيمتها لم يرجع بها والله اعلم
وعتق المبيع ووقفه وبيعه وهبته مع القبض كتلفه وتزويج الامة
والعبد عيب حادث وكذا اباقه ولا يمتنع بسببه الفسخ فانه لا يزيد
على التلف ويغرم المشتري القيمة لتعذر الوصول اليه لكن الفسخ يرد
على العين حتى يبقى العبد ملكا للمشتري لو عاد او على عين العبد وانما
يرجع للحيلولة حتى يجبر له بعد العود فيه وجهان اصحهما الثاني
والحالة الصحيحة في حكم الاباق فيما ذكرناه وفيها طريقة قاطعة
للشيخ ابي محمد بنفي الملك فيه للمشتري ولو رهن المبيع قال الرافعي
يتخير البائع بين اخذ القيمة والصبر الى انفكاك الرهن وان اخذ
القيمة ثم فيما يرد وجهان علي الفسخ الطريقان في الكتابة وابدا
الامام طريقة ثالثة بان الرهن اذا كان ممكنا ان يبقى مجلوذا
حال بعود الفسخ فيستحيل ان يتعذر هذا بعد الفسخ قلت وما قاله
الرافعي من ان البائع يتخير فيه نظر فان الغزالي حكى فيما اذا طلق
الرجل زوجته قبل الدخول وكان الصداق مرهونا لو قال الزوج انتظر
الفكاك للرجوع فلها اجباره على قبول القيمة خيفة من غرر الضمان
ان قلنا الصداق مضمون في يدها وان قلنا لا ضمان او ابراها عن
الضمان حتى صححنا الابراء فالم يجب فهل يلزمه الاجابة فيه وجهان
ومنشأ هذا انه غرر وربما يبدو له المطالبة بالقيمة وتخلو ابدها

وعلى

في ذلك الوقت عن النقل وما ذكره من المعنى موجود في مسئلتنا وقد
حكى ذلك المتولي بعم او لم يسقط المطالبة حتى ينفك الرهن يوما على عدم
الاجبار وهل يتعلق حقه بالعين او القيمة فيه جريان الطريقين فيه
ما اجرا الغزالي الخلاف في نظيره في الصداق وقد اشار الامام
الى ان قلنا ان الفسخ يرد على العين كان له ذلك وان قلنا يرد
على القيمة كان حكمه حكم الاجبار على قبض الدين الحال وفي الحاوي
ان البائع هل له ان ياخذ المشتري بفكاك الرهن قبل محله فيه وجهان
كمن اذن لغيره في رهن عبده فان بيع في الدين رجع بالقيمة ولو اجر
المبيع فالرجوع مبني على جواز بيع المستاجر فان منعناه كان كالمرهون
وان جوزناه فللبائع اخذه لكنه يترك عند المستاجر الى انقضاء المدة
والاجرة المسماة للمشتري وعليه للبائع اجرة مثل المدة الباقية
وهل الفسخ على منع الرجوع ملحق بالفسخ الوارد على المكاتب او الابق
او رجوع المستاجر لاستحقاق يلورد البيع والفسخ وهو المرهون فيه احتمالان للامام
قال وان اختلفا في المبيع فقال البائع بعتك هذه الجارية بالف
في ذمتك وقال المشتري بل بعتني هذا العبد اي بالالف لم يتحالفا لان
ما في الذمة لا يتعين الا بالقبض ولم يتفقا على مبيع معين فقد فقد علة
التحالف وهي ان يتفقا على مبيع معين وهذا ما حكاه الشيخ ابو حامد
والمحاملي والبندنيجي واختاره الامام والبغوي قال بل يحلف البائع
انه ما باعه العبد ويحلف المشتري انه ما ابتاع الجارية كما تفعل في
سائر الخصومات وحكى القاضي ابو الطيب ان التحالف يجري في هذه
الصورة ايضا واختاره ابن الصباغ واستدل له القاضي بان ابن الحداد
قال اذا اختلف الزوجان فقال مهرتك اباك وقالت بل مهرتني امي تحالفا
وكذا اذا قال مهرتك اباك ونصف امك وقالت بل ابي وامي ولم

اجرة

قوال

ان ح

يختلف اصحابنا في ذلك وذلك يسقط ما قاله ابو حامد **قلت**
ليس هذا نظير المسئلة التي خالف فيها الشيخ ابو حامد لان تلك
المختلف فيه في مسئلتي ابن الحداد احد العوضين و المعوض الاخر مجهول
فهو نظير ما اذا قال بعتك هذا العبد بهذا الالف وقال
بل بعتني هذه الجاريه بالالف المشار اليه فانهما يتحالفان كما
حكيناه وفي مسئلتنا كل من العوضين غير متعين اما المبيع فلم يتفقا
عليه واما الالف الذي في الذمه فغير متعين الا بالقبض فان
الذمه قابله لالاف وبهذا يظهر اندفاع ما اورده القاضي
وخرج الامام الخلاف في المسأله على الخلاف فيما اذا اقر انسان
بالف من ثمن مبيع فقال بل عن قرض في انه هل يملك المطالبه به فان
قلنا انه يملك المطالبه به صارت المعين عليه لو قبل ذلك في العين
ملك المطالبه بها واحدا وان قلنا لا يملك المطالبه بها فلا يخالف
وتبقى العين في يد البايع يتصرف فيه واما الجاريه فينظر ان كانت في يد
المشتري فلا يجوز للبايع المطالبه بها لانه لا يدعيها قال في المرشد
الا ان يكون البايع لم يقبض الثمن فله المطالبه بها وان كانت
في يد البايع فلا يجوز له التصرف فيها لانه معترف بانها للمشتري
لكن ثمنها في ذمته فيتلطف به القاضي ويقول له قل فسخت البيع
ان كنت بعتها ويقول البايع قبلت وقبل الفسخ نص عليه الشافعي
وحكى ذلك في الاشراف وفي هذا النص اشكال لان الفسخ معلق
بالصفه وتعليق الفسخ بالصفه لا يجوز الا ان الجواب عن هذا ان تعليق
الفسخ معلق بصفه هي من ضرورة الفسخ لان الفسخ انما يصح بعد الشراء
فلا يضر هذا التعليق كما لو قال بعتك هذا ان ثبت ان البيع ينعقد
على اصح الوجهين لان المشبه من ضرورة البيع وقد حكى الخراساني في

الوكالة

[illegible]

الوكالة فيما اذا اختلف الوكيل والموكل في العين المأذون في الشراء
به ان الموكل لو قال للوكيل كنت اذنت لك في الشراء بكذا فعقد بعينه
كذا وجهين في الصحه وان الاصح الصحه وينتج جريان مثلهما ها هنا
ولو اتى المشتري ان يقول ذلك وقال لا ان في جاز ذهب ذاهب الى انه
يصير ملكا للبايع بالجحود والحلف كما زعم ذهبا وحكاه صاحب الاشراف
قولا ولم يحك الجبلي سواه وفي غيره وكان يحتمل ان يجي وجه اخر انه يحتاج
الى انشا الفسخ ويجعل تعذر الثمن بهذا السبب كالتعذر بالفلس وسياتي مثله في المسئله الثالثه لهذا وفي الرافعي انه لا يتعلق بعينها
فسخ ولا انفساخ فعلى هذا يكون بمنزلة الظفر بغير جنس حقه ونظيره
ان ذكر قول الجواز هنا الى القطعيه لانه لا منزله الجاريه لا بدل عنها النفسه
بخلاف ما اذا ظفر بغير جنس حقه وهذا اماذته ما قاله ابو اسحق في
مسئلة انكار الموكل الاذن في الشرا بعين معلومه وقد اشترى الوكيل به
فانه صار الى ذلك فيه فلو اقام البايع بينه على ذلك قضي على المشتري
بالثمن وهل يجبر على قبض الجاريه فيه وجهان فان قلنا لا اجبر قبضها
الحاكم وحفظها الى ان ينكشف الحال وله بيعها ان استكسابها لاجل
النفقه اذا راى المصلحه في ذلك **قال** وان قال بعتك هذه الجاريه اي بالف
فقال بل زوجتنيها حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعي عليه لا على
ما ادعاه واستدل له صاحب المعتمد بسوال ان من ادعي انه باع فهو يطالب
بالثمن فله الحلف على نفي الشراء اما من يدعي انه نكح فهو يطلب النكاح
على الاخر فهو قد قال نحن قد انكرنا هنا لا يقسه في الجاريه فلو اقر لكان
لا يقبل اقراره فاي فايده في تحليفه ثم قال الا ان يقضي على ان يمين الرد
كالبينه فعا بذلك النكول على الكراهي واستدل له على وجهه وعلى
الاول اذا احلفا رجعت الجاريه الى سيدها لانه يدعي ان يستولدها

[illegible]

استيفاء وعلى اي وجه ترجع فيه وجهان احدهما ان ذلك يمنعه الرجوع لسبب في
تعذر الثمن بالفلس فتحل له وطيها وساير التصرفات فيها والثاني
ترجع اليه رجوع مال من عليه دين ولا ينقضيه وعلى كلا الوجهين لا
مهر للسيد ان كان بعد وطيها المشتري ولو احبلها فالسيد معترف
بانها ام ولد للواطي وان ولده حر فلزمه حكم اقراره وهل يرجع على
الواطي باقل الامرين من قيمتها او لا يرجع بشي فيه وجهان في التتمه
وغيرها وهل يحل للمدعي الزوجيه وطيها قال الغزالي ينظر ان كان
صادقا حل له باطنا وفي الظاهر وجهان وجه المنع الاختلاف في
الجهه ومنهم من شبهه بمن اشترى زوجته بشرط الخيار وقد قال
الشافعي لا يطاها في مدة الخيار فانه لا يدري ايطا زوجته ام مملوكته
مع انه ثبت ما ان يفهم حلال **قلت** التعليل باختلاف الجهه لا يحسن
فانه انما يجري في مجاري الذمه اما في العين فلا اثر له كما حكيناه عن
النهايه من قبل والجاريه ها هنا معينه ولا معنى للاختلاف الجهه
فيها وتحصيله ان الامام في هذا الباب حكى انه لو ملك جاريه وقطع
بالملك فيها واشكل عليه فلم يدر انه اتهبها او ورثها او اشتراها فالوطي
حلال بلا خلاف والتعليل الثاني انصاف فيه نظر لان الشافعي حيث منع
من وطي الزوجه المشتراه في زمن الخيار علله بانه لا يدري ايطا
زوجته او مملوكته وهذا يدري انه يطا زوجته وعلى تقدير ان يكون
البايع صادقا فملك المشتري ثوي يحل به الوطي والله اعلم ولو اتت بولد
فنفقته على الواطي ونفقه المستولده على المستولد ان قلنا يحل وطيها
وان قلنا لا يحل فوجهان احدهما انه على البايع اذ يشغل حوله في زوال
ملكه لا مما على غيره وهو سقوط النفقه والثاني انها تاكل من
كسبها فان لم يكن فمن بيت المال وحكاه العجلي عن **فرع** لو قال الخليل هذه

الثمن

الجاريه

معار

الجاريه بل وهبتنيها فالذي حكاه القاضي الحسين هنا والرافعي
في كتاب العاريه ان القول قول المالك وحكى الغزالي في كتاب الهبه في
المسئله قولان احدهما ان القول قول الاخذ لانه وافقه صاحبه على
الملك ويدعي عليه عوضا الاصل عدمه والثاني انهما يتحالفان
لتساويهما وهذا يعارضه ان الرجوع في وجه الزوال الى المزيل
قال الامام وما اطلقه هذا القايل من التحالف ليس على قياس
التحالف المذكور في اختلاف المتبايعين بل يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه
صاحبه فاذا حلف المقبض على نفي الهبه وحلف القابض على نفي الثمن
كان سبيل رد العين على المقبض بعد ان قلنا بانه غير ملك القابض
العين قريبا من استرداد المبيع ممن قبضه تفريعا على ان البايع
مامور بتسليم المبيع اولا اذا امتنع عن تاديه الثمن ولعل الظاهر
انه يعود الى المسترد في مسلكنا بفسخ المبيع واذا كان كذلك لم يتعرض
له ولم يقل له افسخ او لا اذا كان الفسخ مما يتوقف عليه فسوال ذلك
الحكم الواقع بين العقد مرتبه وهذا حكما على الظاهر ولا يحكى الحكم
على الباطن قال المتولي على طريقه الشيخ ابي حامد لا يثبت التحالف على
الصحيح من المذهب سبب التحالف والعله ان كل واحد منهما يدعي انتقال
الملك بجهه صحيحه غير الجهه التي يدعيها صاحبه ولو قلنا بهذا
الاختلاف حال العقد امتنع الانعقاد فصار كما لو اختلفا في قدر
المبيع **قال** وان اختلفا في شرط يفسد العقد اي ما يتونه كما اذا
ادعى احدهما ان العقد جرى بشرط خيار اربعة ايام وقال الاخر بل ليس
بحو ذلك واما اذا ادعى احدهما وقوع البيع بثمن مجهول وقال الاخر بل
بثمن معلوم وبحو ذلك على ما حكاه القاضي ابو الطيب **قال** فالقول قول

واحد

من يدعي الشرط في احد القولين لان الاصل عدم العقد ومدعي
الفساد يدعي ما يمنع صحة العقد فهو متمسك بالاصل وهذا اما
قال به صاحب التعزيز واختاره في الارشاد والتهذيب **قال** والقول
قول من ينكر ذلك في الاخر لان الاصل في العقود والظاهر من حالها
الصحة وهذا ما رواه البويطي في مختصره فيمن اسلم الى رجل
في طعام واختلفا فادعى المسلم اليه انه شرط فيه الخيار
وانكر المسلم فذلك وبه جزم الحاكم في المجموع والمثال الثاني
واختاره ابن الصباغ وقال القفال القولان ينبنيان على القولين
في تعقيب الاقرار بما يرفعه قال القاضي الحسين في تعليقه وهذا
يطرد الا في مسئلة وهي اذا قال البائع بعت بالف وقال المشتري
اشتريت بزق خمر فعلى مذهب من يبعض الاقرار لا يمكننا ان نجعل
القول قول البائع لان الوجه ان يقال يحبس المشتري حتى يبين
ما يحتمل ... وحكي المتولي في هذه الصورة انا ننظر فان اتفقا
على ان الخيار البائع سبق فيحكم بصحة البيع لانه اذا سقط
تسمية الخمر يبقى قوله اشتريت وهو يقتضي ان لفظ المشتري
سبق فلا يصح العقد لان قوله اشتريت لا يوجب حكما ما لم يكن
معه ذكر الثمن وان اختلفا في ان ايهما سبق فالمسئلة على وجهين
احدهما القول قول من يدعي الصحة والثاني القول قول من يدعي
الفساد وهذا فيه نظر لان التفريع على ان القول قول مدعي
الصحة وجوابه ان القايل بهذا القول يوافق على مدعي الفساد في هذه
الصورة وروى القاضي ابو الطيب الخلاف في اصل المسئلة وجهين
عن حكاية الحج اي على الامام افصاح ... قال ... البائع على ما يدل
عليه او هو اذا ادعى الفعل انه فعل بشرط الخيار بلا ... وانكر المنقول

له ذلك

له ذلك فان قبض المصلح منها قولان والوجهان يجريان
فيما لو اختلفا بعد التفرق هل فسخ العقد قبله ام تفرقا
عن تراض **قال** وان اختلفا في التسليم فقال البائع لا اسلم المبيع
حتى اقبض الثمن وقال المشتري اي ليقبضه لا اسلم الثمن حتى اقبض
المبيع اي وكان في الذمة اجبر البائع على ظاهر المذهب لان
العقد يستقر به ويؤمن الانفساخ والبائع يعود على التصرف
في الثمن قبل قبضه بالحوالة وغيرها والمشتري لا يقدر على ذلك
في المبيع الا بقبضه فاجبر البائع عليه ليتساويا فيه ويؤمن
الانفساخ ولان المبيع معين والثمن غير معين وما يتعلق بالاعيان
احق بالتقديم مما يتعلق بالذمم كالرهن مع اموال المفلس وهذا
هو الاصح وبه جزم بعضهم وروى قولان واخرج من نصه في
الصداق ما حد القولين انهما يجبران لان كل واحد منهما قد استحق
القبض على صاحبه فاجبر كل واحد منهما على ايفا صاحبه حقه
فعلى هذا يامرهما الحاكم باحضار المبيع والثمن اذا امكن احضارا
ويسلم كل منهما ما يستحقه ولا يبالي بايهما بدأ او يامرهما ان يسلما
ذلك الى عدل فيفعل مثل ذلك وجعل الماوردي الثاني من الاول
قولين ولم ايتهم لهذا الاختلاف معنى والاخرج انه حكي عن ابي اسحق
انهما حالة واحدة واستضعفه وقال الاخرون على انهما قولان والثاني
لا يجبران بل ايهما بدأ بالتسليم اجبر الاخر عليه ويمنعان من
التخاصم لان كل واحد منهما من وجب عليه حق بادر اجبر له
فلم يجبر على ايفا ما عليه دون ما له والقول المخرج ان المشتري
يجبر لان حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن
فيؤمر بالتعيين للتساوي اما اذا كان الثمن معينا
فيسلم عليه ... المشتري الثمن ... فقال البائع لا اسلم ... السلعة حتى ادفع الي
الثمن حاضرا ... فقال ... منهما على احضار ...

فلا يجيء الا القول بالاجبار وعليه صرح المحاملي والامام
والبغوي وغيرهم وفي كلام الرافعي ما يدل على انه لا يسقط من
هذه الصورة من الاقوال الا الرابع الا المخرج فانه قال اذا كانت
الصورة كذا ذكرناه سقط القول الثالث وكونهما يتقاطعا عرضا يخص مسقط
البائع ايضا يعني ظاهر المذهب وشيء من ذلك ولا وجه لما قاله ثم كلامه
فيما اذا تبايعا تقاطعا عرضا العرض انما يجيء اذا قلنا الاعتبار لا النقد من اما
اذا قلنا الثمن ما اتصلت به باء الثمنية فهو كالنقد سواء واذا كان
البائع نائبا عن الغير او للغرماء في المبيع حق كالمرتهن وغرماء المفلس فلا
يجيء ظاهر المذهب ولا انهما الاجبار وقد حكى ابو الحسين من القطان
في بيع مال المفلس انه يجبر المشتري بلا خلاف وحكى الماوردي ان قول اجبار
البائع يجيء ايضا على راي البغداديين من اصحابنا كما حكاه في كتاب المفلس
واذا كان المشتري نائبا عن الغير فلا يجيء القول المخرج ولا قول عدم اجبارهما
ولو كانا نائبين فلا يجيء الا القول بالاجبار صرح به الامام في كتاب المفلس
ويجيء فيهما ما حكاه الماوردي ايضا **قال** فان كان الثمن حاضرا اي
في المجلس اجبر المشتري على تسليمه اي بعد تسليم المبيع لانه مستحق عليه
ولا مانع منه فلو اصر على الامتناع فهل يثبت للبائع فسخ البيع فيه
وجهان الصحيح في الاشراف انه لا يثبت وحكاه الامام في كتاب التفليس
ظاهر المذهب واعلم ان مراد الشيخ بحضور الثمن حضور نوعه ان
هذا تفريع على اجبار البائع على ظاهر المذهب وقد ذكرنا ان محله اذا
كان الثمن في الذمة واما اذا كان معينا فلا يتعين ما ذكرناه **قال** وان لم
يكن حاضرا ولكنه معه في البلد حجر على المشتري في السلعة وجميع
ماله حتى يحضر الثمن هذا يعرف من اسلافه الى هنا الخوف منها على تفويت
حق البائع وهذا الحجر غير الذي ذكره الشافعي في الوسيط وحكاه لا يحجر عليه

للغير / عن

بلغ

بل يمهل

بل يمهل الى ان ياتي بالثمن قال الرافعي ولم ار للعراقيين نقل هذا الوجه
على الاطلاق **قلت** العراقيون اطلقوا بل حكاه فيما اذا كان معينا بعد ان
حكى انه اذا تحقق افلاسه ولم يكن معه سوى المبيع او كان [illegible] واحاطت
الديون عليه فتعين ان مراده بالغني من يساوي ماله ديونه او يزاد
عليها واذا كان كذلك فهذا الوجه مستوفى في النهاية عن الشيخ ابي محمد و
جزم القاضي الحسين في التعليق وقائله يراعي فيه قياس حجر المفلس
حتى لو كان ماله لا يفي بما عليه الا بالمبيع او بعضه فهل يحجر عليه فيه
كما في حجر المفلس واذا حجر عليه كان للبائع الفسخ نعم في التهذيب
انه يحجر عليه في المبيع وفيما عدا المبيع ان يحجر عليه اذا كان ماله مع المبيع
يفي بما عليه والا فيحجر عليه فيه ايضا **قال** وان كان في بلد اخر بيعت
السلعة في الثمن اي وان ثبت للبائع خيار [illegible] فيما حقه واذا
بيعت وزاد ثمنها على حقه كان الفاضل للمشتري **تنبيه** قد
يفهم من كلام الشيخ انه لا يحجر عليه في هذه الحالة وليس كذلك فانه اذا
حجر عليه في حضور المال في البلد وقرب مسافة الحضور فمع البعد اولى
ولفظ ابن [illegible] دال عليه فانه قال فان غاب ماله اشهد على وقف
ماله وعلى وقف السلعة واذا دفع الطلق عنه الوقف والطلاق في الشيخ
هذا الحكم سمي [illegible] في البلد ليس ان يكون على مسافة القصر او
دونها او هو وجه يشطر من مجموع كلام الاصحاب على ما ستعرفه [illegible] ويظهر
ان الحامل للشيخ على ترجيحه ما حكاه البندنيجي والبغوي فيما اذا باع
عبدا وهرب المشتري قبل قبضه ولم يكن للمشتري [illegible] مفلس ولا
مال له في البلد ان الحاكم يبيع العبد فان كان ثمنه مثل الثمن الاول
وفاه للبائع وان كان اكثر فالفاضل للمشتري وان كان اقل فهو الباقي على
المشتري واطلاق الاصحاب ذلك يدل على انه لا فرق بين ان يكون هو [illegible]

الاخر

محضوره

الى موضع قريب او بعيد واذا كان في البلد وحال عسر الحول
لا نظهر ان له تاثيرا في تخيير هذا الحكم بثبوت حق الفسخ على
ان في الشامل في باب النفقات ان الاصحاب قالوا في هذه
الصورة للبائع الفسخ وقريب منها حكاه المتولي في باب الفلس
فيما اذا اشترى عينا واقبض الثمن ثم هرب البائع او امتنع من اقباضه
ان للمشتري الفسخ على وجه والذي حكاه الاصحاب في مسئلة الكتاب انا
ننظر ان كان بين البلدين مسافة القصر فوجهان حكاهما المحاملي
وغيره احدهما ما ذكره وهو الاصح في المهذب واظهرهما عند الاكثرين
وبه جزم ابو الطيب والبندنيجي ان له ان يفسخ البيع لتعذر تحصيل
الثمن حالا فلس بالثمن فان يفسخ هنالك وان صبر الى الاحضار
فالحجر كما سبق قال الرافعي عقب هذا الكلام وحكى الامام عن ابن سريج انه
يفسخ ولكن يرد المبيع الى البائع ويحجر على المشتري ويمهل الى الاحضار
وادعى في الوسيط انه الصحيح وان كان بينهما دون مسافة القصر فهو كما
لو كان في البلد او حالو كان على مسافة القصر فيه وجهان هذا اخر كلامه
ومقتضاه ان خلاف ابن سريج فيما اذا كان المال في مسافة القصر والذي
رايته فيما وقفت عليه من الشامل ان ابن سريج قال ان كان ماله في البلد
غائبا عن المجلس فيمهل المشتري الى تحصيل الثمن ولا يحجر عليه ويرد المبيع
الى البائع الى ان يحضر عليه الثمن واذا انتهى الامر الى الامتناع الى
الوصول الى الثمن بغيبة شاسعة يجعل مثلها امتناعا يثبت له
الفسخ ويقرب مما قاله ابن سريج من بعض الوجوه ما حكاه الماوردي
حيث قال ان كان بينهما اقل من يوم وليلة فهو في حكم الحاضر وان كان
بينهما ثلاثة ايام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله لبعده عنه وانه في
حكم المعسر والحجر في المعسر فاحكامه عنده ان له الفسخ على المنصوص

وقيل يباع

وقيل يباع السلعة في الثمن وان كان بينهما اكثر من يوم وليلة
واقل من ثلاثة ايام فقولان وجهين احدهما حكمه حكم ما دون اليوم والليلة
والثاني حكمه حكم الثلاث فما فوقها فعلى هذا هل له الفسخ او يباع
السلعة في الثمن فيه وجهان وحكم الاختلاف الجاري بين المكري
والمكتري في البداية بالتسليم حكم البائع والمشتري فيما ذكرناه ولو
بدا المشتري بتسليم الثمن اجبر البائع على تسليم المبيع فلو كان عبدا
وقد ابق في يد البائع ولم يتمكن من رده فله استرداد الثمن وللمشتري الخيار
وفي تعليق القاضي الحسين حكاية وجه ان له استرداد الثمن قبل فسخ
العقد ووجه اخر ان تسليم الثمن ان وقع بعد اباق العبد استحق
رده لانا تبينا ان التسليم لم يكن واجبا وان وقع قبل الاباق لم يستحق
رده لان التسليم كان واجبا وان الرافعي ذكرها هنا مبهما لا بد من
ذكره وهو ان طايفة توهمت ان الخلاف في البداية بالتسليم خلاف
في ان البائع هل له حق الحبس ام لا ان قلنا البداءة بالبائع فليس له حق
الحبس للمبيع الى استيفا الثمن والا فله ذلك ونازع الاكثرون
فيه وقالوا هذا الخلاف مفروض فيما اذا اقتصر نزاعهما على مجرد البداءة وكان كل
واحد منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه فاما اذا لم
يبذل البائع المبيع واراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك
بلا خلاف وكذلك للمشتري حبس الثمن خوفا من تعذر المبيع نص على
ذلك الشيخ ابو حامد واصحابه القضاة الماوردي قلت ما قاله الاولون
هو ما اشار اليه الامام [illegible] عقب الكلام في رهن المبيع
بثمنه والغزالي في مواضع منها عند الكلام في انفساخ العقد بتلف
المبيع هل يكون من اصله او من حينه وهو الذي يقتضيه كلام الخلاف
الائمة الذين نقل عنهم فانهم فصلوا بعد اجبار البائع على التسليم

لم يمكن

واعلم

تحصيل

المبيع بين ان يكون الثمن حاضرا في المجلس او غائبا عنه في البلد
او في بلد اخر ولو كانت الصورة فيما اذا ابدل كل واحد منهما ما عليه
لم يجعل غيبة الثمن عن المجلس او البلد لذلك بدلا الا مع الحضور
اللهم ان يحمل هذه الصورة على ما اذا ظهر البدل ثم ظهر انه استحق
منه ويؤيد ذلك ان القاضي الحسين في التعليق حكى انه اذا لم يكن
ماله في البلد لم يجبر البائع على التسليم وان كان له مال غائب خصوصا
اذا كان بينهما على مسافة القصر لم يجبر على البائع الانظار وله
الفسخ وان كان دون مسافة القصر فوجهان والله اعلم وحيث قلنا
في حق الحبس فيتجه ما قيل فيه اذ هذا محله فنقول ليس للبائع حق
الحبس اذا كان الثمن موجلا ولو حل قبل التسليم اذ العقد لا يقتضيه
وقيل ان له حق الحبس اذا حل قبل التسليم حكاه القاضي ابو الطيب في
كتاب الصداق عن رواية المزني في المنثور ولو تبرع البائع بالتسليم
عند حلول الثمن فليس له رده الى حبسه ولو اعاره من المشتري
في اصح الوجهين ولو اودعه اياه قال الرافعي لم يبطل حق الحبس
وفي النهاية في باب الرهن والحميل ان في بطلانه وجهين مرتبين
على الوجهين في العارية ومنهم من يقول الايداع اولى بالبطلان من جهة
انه يبعد ان يحفظ المالك ملكه لغيره ومنهم من يجعل الايداع اولى
ان لا يبطل فانه ليس فيه تسليط اصلا وفي الاعارة تسليط ولو
وجدنا المبيع في يد المشتري فقال قبضته بغير اذنك فقال البائع
غصبتنيه وقال المشتري بل سلمته الي فالقول قول البائع على الاصح
ولو قال البائع اعرتكه او اودعتكه وقلنا لا يبطل حق الحبس بذلك
وقال المشتري بل سلمته الي عن الصداق ففيه وجهان حكاهما [illegible]
في الرهن اذا ادعى الراهن اقبضه العين المرهونة عن جهة الرهن

وقال بل عارية او وديعة حكاه الامام في كتاب الرهن ايضا ولو
سلم اليه بعض الثمن فهل يجب عليه تسليم بعض المبيع ينظر ان كان
مما لا ينقسم فلا وان كان مما ينقسم كالحنطة مثلا فوجهان الجمهور منهما
لا وهذا حكاه الغزالي وحمل الامام مقابله في [illegible] والحق
الماوردي حكاية الوجهين عن ابن سريج وعن تفصيل وهل يكتسب
المبيع في يد البائع لحق المشتري كما يكتسب المرهون في يد المرتهن لحق
الراهن فيه وجهان في النهاية في باب الزيادة في الرهن ولو باع ثوبا
بدينار في الذمة ونقد دينارا عنه وسلم الثوب ثم خرج الدينار
زيفا فرده عليه فيعود حقه في الحبس ولو خرج رديء الجوهر
بحيث لو رضي به جاز ورده عليه فهل يعود حق الحبس فيه وجهان
ينبنيان على القولين في جواز الاستبدال في مسلم الصرف على
البحث الذي ذكرناه هذا قاله القاضي الحسين في باب بيع الطعام قبل
قبل ان يستوفى ولو اتلف البائع المبيع قبل القبض او المشتري
او اجنبي فهل يبطل حق الحبس على ما تقدم الكلام فيه في اول البيع
وهل للبائع حبس زوائد المبيع قال الغزالي في الوسيط وعند الكلام
في حقيقة الرد والفسخ ان قلنا انها تنقلب بالفسخ الى البائع فله
حبسها للثمن اذ اطلقه كحبس المبيع لان التعلق بها وان قلنا تسلم
للمشتري فليس له حق الحبس وفيما قاله نظر لان الزوائد الحادثة بعد
العقد لم تتقيد بالعقد حبسها للثمن كما قلنا فيما اذا كان الثمن موجلا
ثم حل قبل التسليم وقد صرح الامام بذلك بل حبسها على ما
اقتضاه التوزيع لجواز كونها تسلم له فيكون من صور الكلام وان قلنا
انها تنقلب بالفسخ الى البائع فله حبسها الا لاجل الثمن ولو اشترى
شيئا له اثنين بيعا ووفى الثمن عن احدهما لم يجب على البائع تسليم النصف
البائع

بناء على ان الاعتبار بالعاقد ولو باع بوكالة اثنين فاذا اخذ
نصيب احدهما من الثمن فعليه تسليم النصف هكذا ذكره في التهذيب
قال الرافعي وفيه كلامان احدهما ان العقد المشترك بين رجلين اذا
باعاه فهل ينفرد احدهما باخذ نصيبه من الثمن وجهان فاخذ
الوكيل لاحدهما بمنزلة اخذ الموكل نفسه قلت ويؤيده حكايته
وجه مثله يأتي في نظير المسألة في الرهن والثاني انا اذا قلنا
الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد فينبغي ان
يكون تسليم النصف على الخلاف فيما اذا اخذ البائع بعض الثمن والله اعلم

باب السلم

قال الازهري السلم والسلف واحد يقال
سلم واسلم وسلف واسلف بمعنى واحد واستسلف وتسلف وسمي
سلما لتسليم راس المال في المجلس وسلفا لتقديم راس المال وهذا
الاسم يشترك فيه القرض وادعى الرافعي ان اسم السلف يشمل القرض
ايضا الحكمي حد السلم الشرعي عرفه وهو العقد على موصوف في الذمة
ببدل يعطى عاجلا والاصل في جوازه من الكتاب قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه قال ابن عباس اشهد
ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في كتابه ثم تلا الاية وفيها ما
يدل على ذلك وهو قوله الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم
فليس عليكم جناح الا تكتبوها وهذا في البيع الناجز فدل على ان ما
قبله في الموصوف غير الناجز ومن السنة ما روى الشافعي بسنده ايضا
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في التمر
السنة والسنتين وربما قال السنتين والثلاث فقال من اسلف
فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولفظ البخاري
السنتين والثلاث فقال من اسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم وغير ذلك من الاحاديث ومن جهة القياس ان البيع

لما السلم

لما السلم يشتمل على عوضين الثمن والمثمن ولما جاز ان يكون الثمن
معينا وموصوفا في الذمة حالا والى اجل مسمى فكذلك المثمن
وان بالناس حاجة اليه لان ارباب الضياع والبساتين ربما
لا يكون معهم ما ينفقونه على مصالحها فيستسلفون على
الغلة ما يحتاجون اليه وينتفعون به وكذلك ارباب الاموال
والنقود ينتفعون بالرخص والنقصان من السعر فجوز لذلك وان
كان فيه غرر كما جوزت الاجارة على المنافع المعدومة قال السلم صنف
من البيع لان الرواة لما رووا قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
خافوا من التعلق بعمومه في منع السلم فالحقوا به انه صلى الله عليه وسلم
ارخص في السلم لما ذكرناه فلو لم يكن السلم صنفا من البيع لما
احتاجوا الى ذلك قال وينعقد بجميع الفاظ البيع لانه بيع وان
اختص باسم وحكم كالصرف وهذا ما صححه ابن الصباغ وفي الحاوي
ان من اصحابنا من قال لا ينعقد بلفظ البيع سلما بل يصح بيعا لاشتراط
قبض راس المال لانه في العرف غيره وعزاه القاضي ابو الطيب
الى ابي اسحق وهو الاصح في التهذيب ويجوز ان يعلق عليه شرط الخيار
في هذا العقد وهل يجوز الاعتياض عن المسلم فيه قبل قبضه فيه طريقان
احدهما ان فيه قولين كما في الثمن والثاني القطع بانه لا يجوز حكاهما
الامام وقيل لا ينعقد بيعا ايضا حكاه ابن التلمساني في شرحه
قال ويثبت فيه خيار المجلس لعموم الاخبار ولا يثبت فيه خيار
الشرط لانه يفتقر الى شرط القبض في المجلس فلم يثبت فيه خيار الشرط
كالصرف ولان الخيار تاجيل لنقل الملك ولزومه والسلم لا يقبل
التاجيل في جهة المسلم فيه ولا يتصور ذلك في راس المال اذا قبضه
في المجلس شرط العقد كما سنذكره فلو قلنا بثبوت الخيار لتضمن

التأجيل في العوضين إذ لا يتصور بيع جائز في أحد العوضين دون
الثاني واعلم أن الشيخ استغنى بما ذكره من حد السلم صيغةً
من البيع عن بيان أهلية العاقد له وقد سبق ما يغني عن إعادته
ويحتاج هنا إلى ذكر فرعين أحدهما الكافر هل يصح إسلامه في العبد
المسلم حكى الماوردي فيه طريقين أحدهما القطع بالصحة والثانية
تخريجها على القولين في البيع وقال هذه ليست بصحيحة لأن البيع
إنما بطل لاستقرار يده على مسلم وليس في السلم استقرار يد له عليه
وإذا قلنا بالصحة فعقد وجهان أحدهما لا اعتراض عليه حتى يقبضه
والثاني أنه يمنع من استدامة العقد ويؤخذ بفسخه الثاني إذا أسلم
إلى مكاتب عقد العقد هل يصح فيه وجهان حكاهما في الوسيط في الكتابة
وجه الجواز أنه يملك رأس المال قال ومن شرطه أن يسلم رأس المال
في المجلس شرع الشيخ من هاهنا في بيان الشرائط المختصة بالسلم وقد
عدها الإمام سبعة أشياء في رأس المال أن يسلم في المجلس وأن يكون
موصوفا معلوم القدر وإن كان معينا على قول وخمسة في المسلم فيه
وهو أن يكون دينا موصوفا بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأغراض
ومعلوم القدر وأن يكون مما يقدر على وجوده عند المحل وتعيين
مكان التسليم على قول وعدها القاضي أبو الطيب ثمانية وهي
متداخلة وبأي والباقي متفرقة وننبه عليها إن شاء الله تعالى فالأول
تسليم رأس المال في المجلس ودليل اعتباره قوله صلى الله عليه وسلم من
أسلف فليسلف في كيل معلوم فأمر بسلف المحل فيه وذلك
يقتضي التعجيل لأن اسم السلف مشتق من التقديم كما ذكرناه
وكذلك اسم السلم مشتق من إسلام المال وهو تعجيله وأسماء
العقود المشتقة من المعاني لا بد أن تتحقق تلك المعاني فيها

وصححها

وتوفر

وتوفر مقتضياتها عليها وإلا لم يسلك معنى الاسم ولأن
في السلم غررًا فلو جاز فيه تأخير رأس المال لازداد الغرر
وزيادة الغرر في البيع تبطله ولأن رأس المال إذا تأخر مع
تأخر المسلم فيه صار دينا بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع الكالئ بالكالئ كما رواه الدارقطني وهو بيع الدين بالدين قال
كلاه كلاه أي نسيئة بنسيئة كما حكاه أبو الطيب فلو لم يسلم
بطل العقد ولو سلم البعض فثلاثة أوجه أحدها ينفسخ
العقد في الجميع وهو قول البصريين والثاني أنه ينفسخ منه ما يقابل
ما لم يقبض ويصح في مقابل ما قبض وهذا قول البغداديين ولا
خيار من هذا التفريق والثالث أنه ينفسخ في مقابله ما لم يقبض
وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وهذا ما حكاه القاضي الحسين
وهو عكس من تفريق الصفقة في الابتداء وقد حكاه ابن الصباغ
في باب تفريق الصفقة عن ابن القاص وحكي عن غيره أنه من تفريق
الصفقة في الدوام وحمله الإمام رحمه الله على أنه بين الابتداء
والدوام وفي الحاوي على هذا القول يثبت الخيار للمسلم المعدول
المسلم التسليم المشترط يحصل فيه أن يكون حقيقيا فإذا أحال
علوا حال به المسلم لم يصح وإن قلنا إن الحوالة استيفاء وتحمل الو
قبض المسلم إليه من المحال عليه في المجلس كما صرح به القاضي الحسين
في التعليق وقياس ما ذكرناه في الصرف أن يصح فيما إذا قبض في المجلس
وقلنا إنه استيفاء ولو كان رأس المال عبدا فأعتقه قبل القبض في
المجلس قال القاضي أيضا ذلك ينبني على أن الملك في زمن الخيار لمن
إن قلنا إنه للبائع فلا ينفذ عتقه وإن قلنا للمشتري ففي بيع العين
هو نافذ وفي السلم موقوف إن يقال لا وعن أن تعالى نعم وتصير قابضا

الدارقطني عن ابن عمر

بل

ابتداء

ويلزم العقد وحكى الرافعي هذين الاحتمالين وجهين اما اذا
لم يمكن قبض العقص الحقيقي كما اذا كان راس المال منفعة دار مثلا
معلومة فطريقه تسليم الدار فيقبل التسليم السوق اذ هو الممكن ولو
اودع المسلم اليه المسلم راس المال من المجلس بعد قبضه لم يضر ولو
وفاه له من دين له عليه قال الروياني لا يصح الايفاء ويصح السلم
بعد التفرق وعلى راي بعض الاصحاب فرع هل يقوم تسليم المسلم فيه
في المجلس اذا كان حالا مقام تسليم راس المال فيه وجهان من التتمة
بعد الاظهر المنع قال وان كان في الذمة بين صفته وقدره اي كاف
المسلم فيه اذ به يحصل التعريف وهذا اذا لم يكن من نقد البلد اما
اذا كان فهي معرفة القدر قاله ابو الطيب وذهب ابو العباس بن
ابي صالح البصري من اصحابنا وطايفة من البصريين الى ان راس المال اذا
كان في الذمة كان السلم باطلا لانه يصير هذا البدلين موصوفا وذلك
غير جايز والاول عليه جمهور اصحابنا البغداديين قال وان كان
معينا اي مشاهدا مثل ان قال اسلمت اليك هذا في كذا من الحنطة
ووصفها لم يعتبر اي ذكر صفته وقدره في اصح القولين لقوله عليه الصلاة والسلام
من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولم يذكر
ما يوثق به من راس المال فدل على انه ليس من شرطه ان يكون معلوم القدر
او الكيل ولانه عوض في عقد يجب ان يغني مشاهدته عن ذكر اوصافه
ومعرفة مقداره كما في بيوع الاعيان والقول الثاني وهو اختيار ابي اسحق
في الشرح انه يعتبر انه احد عوضي السلم فوجب ضبطه بصفاته كالمسلم
فيه ولان فائدة التسليم لا تتم في الحال وانما هو عقد منتظر تمامه
بتسليم المسلم فيه وربما ينقطع فيكون راس المال بالغا فلا يدرى الى ما
ذا يرجع به وعلى هذا قال القاضي ابو الطيب وغيره لا يجوز ان يكون راس

المال الا ما يجوز السلم فيه وعلى الاول لا يشترط ذلك وقال
الامام ليس هذا على الاطلاق بل الوجه التمنيه اذا عرفا قيمتها
وبالغا في صفتها وجب ان يجوز ان يجعل راس المال لان منع
السلم فيها مع الاطناب في الوصف سببه عزة الوجود ولا معنى
لاشتراط عموم الوجود في راس المال ومحل القولين في الاجل في
ذوات الامثال اما اذا كان راس المال متقوما موصوفا وضبطت
صفاته بالمعاينة على اشتراط معرفة قيمته طريقان منهم من طرد القولين
ايضا والاكثرون قطعوا بصحة السلم ولا فرق في جريان الخلاف القولين
بين السلم المؤجل والحال ومنهم من خصهما بالمؤجل وقطع في الحال
بان المعاينة كافية كما في البيع ومن ذهب ابن كج حكاية طريقة قاطعة
في المؤجل بالمنع وهذا الخلاف فيما اذا تفرقا قبل العلم اما شرطناه
اما اذا علما ذلك قبل التفرق فالاطلاق في الصحة صرح به الرافعي وعلى
الصحيح لو انفسخ السلم وتعذر الرجوع الى راس المال واختلفا في قيمته
فالقول قول المسلم اليه وهذا هو الشرط الثاني في راس المال فرع لو اسلم
جارية صغيرة في كبيرة فعن ابي اسحق انه لا يجوز لانها قد تكبر وهي بالصفة
المشروطة فيسلمها بعد ان يطاها فيكون في معنى استقراض الجواري
والصحيح الجواز كاسلام صغار الابل في كبارها وهل يمكن من تسليمها
عما عليه فيه وجهان من تخريجان على ما حكاه الشاشي فيما اذا كان
راس المال بصفة المسلم فيه فدفعه اليه عنه قال ولا يصح السلم
الا فيما ينضبط ما بصفة كالاثمان من الحبوب والادقة والمايعات
والحيوان والرقيق واللحوم والبقول والاشعار والاحجار والاخشاب
والعطر والادوية وغير ذلك مما ينضبط بالصفات اي كالثمار والبلور
والفخار والاجر واللبن ونحو ذلك اما ما لا يصح فيما لا ينضبط

الصفة ولان البيع لا يحتمل جهالة المعقود عليه وهو عين فلان لا
يحتملها السلم وهو دين كان اولى واما صحته فيما ينضبط بالصفة
من الاشياء التي ذكرناها فلان المكيل منها والموزون دل عليه الحديث
المشهور واما الحيوان فالدليل عليه ما روي انه صلى الله عليه وسلم
امر عبد الله بن عمرو بن العاص ان يبتاع البعير بالبعيرين والابعرة
الى خروج المصدق وقد اجمع الصحابة عليه روي ان علي بن ابي طالب باع
جملا يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى اجل وان ابن عمر اشترى راحلة
باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة وروي ان عبد الله بن عمر سئل
عن السلم في الوصائف فقال لا بأس به واذا ثبت هذه الاشياء بالنص
في الحيوان مع عسر ضبطه فمن طريق الاولى ومحل جواز السلم في الاشياء
اذا كان راس المال غيرها مثل الثياب والدواب ونحو ذلك اما
اذا اسلم الدراهم في الدراهم او الدنانير في الدنانير اطلق القاضي
ابو الطيب الحكاية عن الاصحاب بان ذلك لا يصح وقال … انا
ان اسلم ذلك مطلقا كان حالا او … تقابضا في المجلس جاز عندي
ومن اصحابنا من قال لا يجوز السلم لا يستحق قبض العوضين في العقد
فيبطل ذلك وهذا ما حكاه الماوردي و… حكاية وجه
انه لا يجوز السلم فيها وحكاه الامام فيما اذا كان راس المال ربويا
او غيره وحكي عن الدارمي انه منع السلم في الرقيق وفي المهذب ان
السلم لا يجوز في … لانه لا يعرف سنها ولا ينضبط عددها بالذرع
وهو المحكي عن البويطي في … وما علمت احدا من اصحابنا حكى
… ان السلم في حيوان جاز … في القديم
في الحبل وقد صرح … بجواز السلم فيها وفي الرافعي ان
السلم في العلس والارز لا يجوز لاستتارها في … وفي الحاوي

في البقول

في البقول تفصيل وهو ان منها ما المقصود منه شيئان كالفجل
والخس فان الكل منهما مقصود والورق مقصود فلا يسلم
فيها بالكل ومنها ما المقصود منه شيء واحد ولكن يتصل به ما
ليس بمقصود كالجزر والسلجم فان ما عليهما من الورق غير
مقصود ولا يجوز السلم فيهما الا بعد قطع ورقه ومنها ما منه
واحد و… يتصل به غيره فيجوز السلم فيه وزنا كالبقل واما
الباذنجان باقماعه فيحتمل ان لا يجوز فيه السلم الا بعد قطع اقماعه
ويحتمل ان يجوز السلم فيه باقماعه وقصب السكر لا باس بالسلم فيه
اذا اشترط قطع اعلاه الذي لا حلاوة فيه وهل يشترط قطع مجامع
العروق من اسفله فيه خلاف بين اصحابنا اختيار المزني انه يشترط
كالاعلى وكذا قال الماوردي ولا يجوز السلم فيه الا وزنا واعلم ان
الشرط الثالث وهو ان يكون المسلم فيه دينا يؤخذ من كلام الشيخ
هنا فانه لو جاز في العين لما افتقر الى ذلك كالبيع نعم لو قال اسلمت
اليك هذه الدراهم في ثوبك هذا لا ينعقد سلما لما ذكرناه وهل
ينعقد بيعا فيه وجهان حكاهما القاضي الحسين وغيره وماخذهما
ان النظر الى اللفظ او الى المعنى ان نظرنا الى اللفظ ابطلنا وان نظرنا
الى المعنى صححنا قال الامام وهذا اصل يطرده القاضي قال ورد
يجوز حتى ينضبط بالصفات التي يختلف بها الاغراض عند اهل الخبرة
اي بما لا يفضي الى عزة الوجود اذ به يحصل التمييز المسوغ للاطلاق
وينتفي الغرر وينقطع المنازعة ويقوم مقام الرؤية وصف
ثوب ثم يسلم في اخر بصفته وكذا قوله اسلمت اليك في ثوب كهذا
الثوب او في ما به صاع حنطة كهذه الحنطة عند صاحب التهذيب
والاصح عند الغزالي في الوسيط على ما حكاه عنه … في بيع

الحنطة انه لا يقوم مقامه وذلك ما صرح به العراقيون ظاهر
مقتضى كلام الشيخ ويشترط مع الوصف ان يكون المتعاقدان الصفات
المذكوره فلو جهلاها او احدهما لم يصح ولو ذكرا اوصافا يعلمانها (علماها)
دون غيرهما لم يصح على المنصوص وفي الرافعي حكاية وجه فيه وشبهه
ان يكون منسوبا الى القفال فان الفوراني حكى عنه انه قال الكلام في
ذلك يعني ان اتى به على سبيل الاحتياط ولا نزاع في الصحه اذا علم
الاوصاف اهل الاستفاضه ولو لم يعلمها الا عدلان فوجهان
اظهرهما الصحه ويجري الوجهان فيما لو لم يعرف المكيال الذي عيناه
الا عدلان وكل صفه اشترطت فهي منزله على اقل الدرجات حتى اذا
اتى بما ينطلق عليه اسم الوصف المشروط كفى وهل يشترط ذكر الاوصاف
المقصوده ذكر الجوده والرداه فيه وجهان يختار العراقيين والقاضي
الحسين منهما الاشتراط وهو ظاهر النص والاظهر عند الرافعي والغزالي
مقابله وادعى الامام اتفاق الائمه عليه وقد جرت عاده الائمه ببيان
ما يجب ذكره من الشرايط في السلم فيه واستيعابها في جميع الاشيا
او اكثرها يطول فلنقتصر منها على ما تيسر فالحبوب يحتاج فيها الى (ذكره)
ذكر الجنس فيقول قمح او شعير وهذا ليس من الصفات فان الجنس
اصل الشي واصل الشي لا يكون صفه له كما صرح به السبكي ولكنه
من جمله الشرايط ولم يتعرض له الشيخ واحتجنا الى ذكره مع انه لا
يتصور ذكر الصفات بدونه ولذلك لم يذكره الشيخ والنوع مثل
الصعيدي والبحيري واللون مثل البياض والحمره والسمره (مر)
والقدر صغر الحبه او كبرها او توسطها والضخامه والرقه
[...] امتلا دقيقا وهل هي منقيه او غير منقيه وهل هي
جديده او عتيقه على النص وفي الوسيط انه يجب التعرض للجده

والعتق

والعتق ولا يشترط عليه تقدير ما مضى من المده وفي تعليق
القاضي الحسين انه يصف ذلك بحصاد عام مسمى ان كان في
البلد من يميز بينهما فان لم يكن لم يجز وحكم التمر حكم الحبوب ومن
اصحابنا من قال يحتاج فيه ان يذكر فيه انه عتيق عام او عامين
وهو قول العمرانيين ويحتاج فيه اذا اختلف جنسه في البلد ان يذكر
البلد مثل البرني فان يكون بعدا داخل العذوبه ارضها وبرني
البصره اي المملوحه ارضها وما بينها يقرب عليه في الامر ويقصد ذلك
قول يعين النوع اذا اختلف في الابل كما ستعرفه وحكم الرطب حكم
التمر الا في اشتراط الجفاف فانه لا يكون الا حديثا واعتبر الخرا
فيه ذكر الحداثه والعتاقه **فرع** لو اسلم في تمر منزوع النوى هل
يصح فيه وجهان في الحاوي واذا صححناه يكون المعتبر فيه الوزن
لانه يتجافى في المكيال والدقيق يذكر فيه ما يذكر في القمح ويزيد عليه
بثلاثه اشيا احدها الطحن به من رحا الدواب او الما والثاني خشونه
الطحن ونعومته والثالث قرب زمان الطحن وبعده وانه هل يشغل
زمانه في الطحن قاله الماوردي والعسل يذكر بلده كما قال الماوردي
والناحيه من البلد وانه جبلي او بلدي صيفي او خريفي والجبلي الخريفي
اجود وانه ابيض او اصفر وشرب المرعى ولا حاجه الى ذكر الحداثه
والعتق ويقبل ما رق منه بسبب الحر دون ما رق لعيب فيه
وله ان يمتنع من قبض المصفى بالشمس وفي التتمه ان المصفى بالنار
فانه معيب قاله ابو الطيب وغيره وفي النهايه ان ذلك فيما اثرت
النار في انعقاد اجزايه اما اذا كان لينه فهو كالمصفى بالشمس
وفي التتمه ان المصفى بالنار لا يصح السلم فيه والحيوان يحتاج
فيه الى ذكر الجنس ابل او بقر او غنم والنوع كالبخاتي فلان

اذا اكثر عددهم وعرفتهم لعتق قبيله واما النسبة الى الطائفة مثل القبيلة مثل كعتق البشناني والتمار ولو اختلفت نحو بحتي فلان الى عراب ومهريه ونجيبه فلا بد من تعيين ذلك على اصح القولين وما لا مثل نوعه من الحيوان بالاضافة الى قوم ميز بالاضافة الى قوم مثل بالاضافة الى بلد ويجب ذكر الذكورة والانوثة والسن واللون والطول والقصر اذا جوزنا السلم فيها كما تقتضيه اطلاق الشيخ بذكر بيان النوع والصغر والكبر حيث الجثة والاكا ذكره سنها كما عرف وصفه **فرع** لو شرط كون الشاة لبونا ففي الاصح حكاية قولين احدهما لا يصح والثاني يصح ويسلم اليه الشاة بعد حلبها والرقيق يحتاج فيه الى ذكر النوع فيقول تركي او رومي وهل يحتاج التعرض لصنف النوع ان كان فيه اختلاف فيه القولان واللون اذا اختلف لون الصنف فان لم يقع فيه اختلاف كالزنج فلا يشترط ذكره والذكورة والانوثة والسن فيقول محتلم او ابن سبع سنين وهو يجري على التقريب حتى لو شرط انه ابن سبع بلا زيادة ولا نقصان لم يصح والرجوع في الاحتلام الى قول العبد وفيما دونه ان كان مولدا الى قول من ولد عنده وان لم يكن ويشبه انه جلب الكفر فالمعتبر قول النخاسين واهل الخبرة بالرقيق والقد فيبين انه طويل او قصير او ربع صرح به العراقيون وفي النهاية حكاية عنهم انه لا يحتاج وشدد النكير عليهم فيه وفي التلخيص ان الصغير يقول فيه رباعي او خماسي ومعناه اربعة اشبار او خمسة اما الرجل فلا يحتاج ان يذكر فيه الطول بالاشبار وسكت عن اعتبار شيء اخر وفي الحاوي انه لا بد من ذكر حال بدنه فيقول سمينا او دقيقا وفي اعتبار شرط الكحل والدعج وتكلثم الوجه وسمن الجارية وما اشبه ذلك وجهان قول الشيخ ابي محمد منهما الاشتراط والاظهر

وغير بلدي

ابن سنة

انه لا يشترط وهو مذهب العراقيين صرح به القاضي ابو الطيب وقاس عليه الجعودة والسبوطة وفي اشتراط ذكر الملاحة تردد القفال بناء على انها من جملة المعاني او المرجع فيها الى ما تميل اليه الطبع ولا يجب ذكر الثيوبة والبكارة على الاصح وعن الصيمري انه يجب وبه اجاب في المهذب والحاوي وهو الاولى وفي حلية الشاشي ان من اصحابنا من قال ان كان الثمن يختلف به وجب ذكره **فرع** لو اسلم في جارية مغنية نظر ان كان غناها مباحا وهو بغير آلة الملاهي جاز وان كان غناها محرما باله الملاهي من مزمار او عود ففي الحاوي حكاية وجهين في صحة السلم واصحهما انه لا يصح ولو اسلم في عبد شاعر لم يجز لان الشعر طبع لا يمكن تكليفه ولا فعله فشرط ان يكون العبد بالاوصاف المذكورة مطبوعا على قول الشعر بخلاف سائر الصنائع ولو اسلم في امة زانية او عبد سارق ففيه وجهان في الحاوي واللحوم يشترط فيها ذكر الجنس فيقول لحم ابل او بقر او غنم والنوع مثل لحم بختي او عراب جاموس او عراب او جواميس او بقر وحشي واهلي او ضان او معز والذكورة والانوثة واذا بين الذكر فليبين انه خصي او غير خصي وذلك لا يعتبر في الوحشي والسن فيقول صغير او كبير رضيع او فطيم وفي الكبير جذع او ثني او الماكول مثل راعية او معلوفة وهو ما يأكله والراعية من الابل اطيب فانه يحلى والمعتبر من العلف ما يؤثر في اللحم وهذا الشرط لا يجي في لحم الصيد اذ لا يكون الا راعية والمحل فيقول من الكتف او من الفخذ او الجنب والسمن والهزال وفي الوسيط ان شرط الهزال لا يجوز لانه عيب لا ينضبط فان محل قال بعض اصحابنا العاجف الشافعي الاعجف انه هزال مع داء ومرض فلا يمكن

معلوفة

صنعته والذي عليه عامة الاصحاب ما ذكرناه اولا وانما
الممنوع ان يشترط الا عجف واذا اطلق المسلم فيه وجب قبول ما
فيه من العظم على العادة وان شرط نزع العظم جاز ويشترط في
لحم الصيد ان يقول لحم صيد صيد باحبوله او بسهام او بجارحة
ويبين انها كلب او فهد لان صيد الكلب اطيب لطيب نكهته
وفي لحم الطير والسمك بيان الجنس والنوع والصغر والكبر من حيث
الجثة ولا حاجة الى ذكر الذكورية والانوثة الا اذا امكن ويتعلق
به غرض ولا يلزم قبول الراس والرجل من الطير والراس والذنب من
السمك وكان بعض اصحابنا البصريين يقول ما كان من الطير صغيرا
لا يحتمل ان يباع مبعضا لزمه فيه اخذ الراس والرجلين وكذا ما
كان من الحيتان صغيرا يلزمه فيه اخذ الراس والذنب لانه يوكل معه
ويطبخ والمذهب الاول واما اخذ الجلد مع اللحم فان كان لحم ابل او
بقر او غنم لم يلزمه اخذه وان كان لحم طير او حوت لزمه لانه ما كول
معه ولا يكاد ينفصل عنه وكذا الحكم في السلم في الجداء الصغار يلزمه
قبول الجلد واللبن يحتاج فيه الى ذكر ما يذكر في اللحم الا الثالث وهو
الانوثة والسادس وهو المحل ويختص بنوع العلف ولا حاجة الى ذكر
اللون ولا الى ذكر الحلاوة بل لو اسلم في اللبن الحامض لم يجز لان الحموضة
عيب وكذا لا يشترط ذكر حليب يومه او امسه كما صرح به السرخسي
واذا اتاه بحليب امسه ولم يتغير وجب قبوله وسياق كلام الماوردي
على خلافه والسمن يذكر فيه ما يذكر في اللبن ويحتاج الى التعرض
الى انه اصفر او ابيض ولا يحتاج الى ذكر العتق والحداثة عند الشيخ
ابي حامد لان العتيق معيب لا يصح فيه السلم قال القاضي ابو الطيب
العتيق المتغير هو المعيب ولا كل عتيق بعيب السائل والزبد يذكر فيه

اشعث عما ذكره الرافعي بانه ذكر انه في ان لم اعز الشيخ

فيه ما يذكر في اللبن والسمن ويذكر انه زبد يومه او امسه
والجبن يذكر فيه ما يذكر في اللبن ايضا ويحتاج الى وصف البلد
الذي فيه الجبن وانه رطب او يابس هكذا قال العمراني وفي الحاوي
تقييد الاول بما اذا كان الجبن يابسا وانه اذا ذكر الرطب احتاج
الى ان يقول جبن يومه جاز ويذكر في الزبد واللبن والصوف يحتاج فيه ذكر
بلده ولونه وطوله وقصره وانه ربيعي او خريفي والخريفي اصلح وانه من
ذكر او انثى وصوف الاناث اشد نعومة ولا يقبل الا نقيا من الشوك
والبعر وان شرط كونه مغسولا جاز الا ان يعيبه الغسل والوبر
والشعر كالصوف والقطن يجب فيه ذكر البلد واللون وكثرة لحمه
وقلته والخشونة والنعومة والعتق والحداثة ان اختلف الغرض
به وزاد الماوردي ذكر انه لقط رطبا او يابسا فان ما لقط رطبا
انعم واضعف وما لقط يابسا اقوى واخشن ويذكر طول شعرته
وقصرها وقيل لقاطه من حمرا او بردى فانه يختلف به لا سيما بالبصرة
وان كان لا يختلف في بلد فلا حاجة اليه والمطلق يحمل على الجاف وما
فيه من الحب ويجوز السلم في الحليج وحب القطن ولا يجوز في القطن
في الجوز قبل التشقق واما بعده ففي المهذب انه يجوز وقال في التتمة
ظاهر المذهب انه لا يجوز وهو ما اطلقه العراقيون حكاية عن النص
والابريسم يذكر فيه البلد واللون والرقة والغلظ ولا حاجة الى ذكر
النعومة والخشونة ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حيا او
ميتا ويجوز السلم فيه بعد اخراج الدود منه وان كان مقلبه ولا بد
في الغزل من ذكر ما ذكرناه في القطن ويذكر
الدقة والغلظ ويجوز اشتراط كونه مصبوغا ولا بد من بيان الصبغ

والثياب يجب فيها بيان الجنس اما من ابريسم او كتان او
قطن والنوع والبلد الذي ينسج فيه ان اختلف به الغرض
والغلظ والرقة والصفاقة والدقة والنعومة والخشونة
ويجوز في المقصور والمطلق يحمل على الخام ومن تعليق القاضي
ابي الطيب حكايته عن النص انه اذا لم يذكر شيئا من ذلك اعطاه
ما شاء ويجوز السلم في القمص والسراويلات اذا ضبط طولها وعرضها
وضيقها وسعتها ح لو اسلم في ثوب وشرط عليه وزنا معلوما
ففيه وجهان اصحهما وهو اختيار الشيخ ابي حامد انه لا يجوز وحكاه في الحلية
واختاره القاضي ابو الطيب في تعليقه الصحة وفصل الماوردي
فقال ان امكن نسجه بذلك الطول والعرض والوزن جاز وكان اولى
وان كان يتعذر على صناعه لم يجز والرصاص يجب ان يذكر نوعه
من قلعي وغيره ويصفه بالنعومة او الخشونة واللون ان كان
يختلف والنحاس يضم الى ذكر نوعه من فرسي او غيره ولونه
وخشونته ولينه والحديد يذكر فيه النوع وانه ذكر او انثى والذكر
منه على ما قاله القاضي الحسين الفولاذ والانثى اللين الذي تتخذ
منه الاواني ويذكر لونه وخشونته ولينه والاحجار مثل حجارة
الارحية والابنية ويذكر فيها النوع واللون والطول والعرض
والطريق في معرفة حدودها وعرضها ان يجد خيطا فيحاط به ثم يذرع
الخيط ويذكر الوزن وان كان لا يتأتى بالقبان وضع في سفينة ثم
يوزن ويعلم على الحد الذي انتهى اليه الماء ثم يخرج منها ويوضع
فيها الحجارة الى ان ينتهي الماء الى ذلك الموضع وذلك الحكم في
الخشب الكبير اذا اسلم فيه قاله القاضي الحسين وابو الطيب
قال ان ذكر الوزن في حجارة الارحية جاز وان لم يذكره جاز

والحجارة الصغار التي يصلح للحشو لا يجوز السلم فيها الا
وزنا وينسبها الى الصلابة واذا ذكرها لا يلزمه ان يقول ذرانا
وفي حجارة الابنية يحتاج الى ذكر الوزن او الاحتساب بانواع
والحطب يذكر فيه مع النوع الغلظ والرقة وانه من نفس الشجر
او من اغصانه ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف والمطلق
محمول على الجاف والذي يطلب للبناية يذكر فيه النوع والطول
والغلظ او الدقة ومنهم من اعتبر التعرض للون ولا حاجة الى
ذكر الوزن خلافا للشيخ ابي محمد ولو ذكره جاز ولا يجوز السلم في
المخروط منه لاختلاف الاعلى والاسفل قال القاضي ابو الطيب
ويلزمه ان يسلم بالصفة المذكورة من الطرف الى الطرف فان كان
احد طرفيه اغلظ مما شرط اجبر على قبوله والذي يطلب للقسي
والسهام يذكر فيه النوع والدقة والغلظ ورأى بعضهم
التعرض لكونه سهليا او جبليا لان الجبلي اصلح لها ويذكر الرطب
واليابس والمقدار بالوزن ولا يجوز ان يسلف فيه جزافا ولا عددا
قاله ابو الطيب والعطر مثل المسك والعنبر والكافور يذكر
فيه النوع فيقول عنبر اخضر او اشهب اخبرني من اثق به انه نبات يخلقه
الله سبحانه في البحر قال فان شرط الاجود لم يصح لان اقصاه
غير معلوم فكأنه شرط شيئا مجهولا وايضا فان ما من شيء يأتي به
الا والمسلم يطالبه باجود منه فيفضي الى التنازع
بينهما فان قيل مدلول لفظ الاجود ان كان واحدا فينبغي ان ينزل
العقد على اول درجات الاجود كما قلنا في سائر الصفات قلنا
هذا قد قال بعض اصحابنا بصحة العقد تخريجا على ما حكاه الشيخ
ابو حامد وعلى المذهب يقول المدلول واحد ولكن بالنسبة

الى شيء اخر غير معين فلذلك امتنع شرط العقد عليه **قال** وان شرط
الاردا فعلى قولين احدهما وهو المنصوص في المختصر انه لا يصح لما ذكرناه
من عدم الوقوف على الاردا اقصاه واصحهما الجواز لانه اذا اتى برديء لم
يطالبه المسلم بما هو اردى منه وان طالبه به كان معاندا فيمتنع منه
ويجبر على قبول ذلك وقد يقال ان شرط الجودة والرداءة معتبر عند
العراقيين وادعى القاضي ابو الطيب ان المذهب لا يختلف في جواز السلم الها
ذلك والمراد بالرداءة النوع والصفة لا رداءة العيب لانها لا تنضبط
والحق الماوردي بها رداءة الصفة ايضا من حيث انه من ردي الاوصاف
ما هو خير منه فان ردينا فيفضي الى النزاع وسلك ابن الملقن مسلك
الاجود **تنبيه** الاردا مهموز قال الله تعالى ردءا والشيء يصم
الا الردي بضمها انصار ذاته مهموز ردي واردائه وهو اردا من غيره
كله مهموز **قال** وما لا ينضبط بالصفة لا يجوز السلم فيه كالحمل المعقود
عليه **قال** كالجواهر اي مثل اللؤلؤ الكبار والياقوت والبلخش والزبرجد
والمرجان لان اي الاحكام وعدم المنع من ذلك لعزة الوجود فانه لا بد فيه من
التعرض للحجم والشكل والوزن والصفاء العظيم تفاوت القيمة باختلاف
هذه الاوصاف واجتماع المذكورات فيها نادر والحق الغزالي بذلك السلم في
بطيخة واحدة فانه قل ما يوجد بطيخة واحدة بالوزن المذكور وعلى الصفة
المشروطة اما اللؤلؤ الصغار اذا عم وجوده فيجوز السلم فيه وزنا وكيلا
وقد اطلق الاصحاب من صغيرهم وقال ما يطلب للتداوي فهو صغير وما
يطلب للتزين فهو كبير وعن الشيخ ابي محمد ان ما وزنه سدس دينار يجوز
السلم فيه وان كان يطلب للتزين لعموم وجوده وقال الرافعي والوجهان
يجريان في عقيان الذهب والبلور وقال الماوردي لا باس بالسلم
فيه لان صفته مضبوطة بخلاف العقيق والحجر الواحد منه يختلف

قال والحيوان الحامل

قال والحيوان الحامل لان وجود الحمل مع ما ذكرناه من الصفات
يعز وجوده وقيل هذا اذا قلنا ان الحمل يقابله قسط من الثمن وهو
الصحيح **وقيل** لانه لا يمكن وصف ما في البطن فيمتنع السلم فيه لذلك
وهو الذي صححه كلام التنبيه اما اذا قلنا لا يقابله قسط من الثمن
جاز السلم فيه وهذه طريقة ابي اسحاق وبني على الطبري وابن القطان
والمنصوص الاول اصح عند القاضي ابي الطيب **قال** وما دخلته النار كالخبز
والشواء اي وما اشبه ذلك مثل العسل المصفى بالنار والسكر والفانيد
والسمن واللبا لان اثر النار لا يمكن ضبطه ولان الصنعة قد يصلح
الفاسد منه ويفسد الجيد واختار القاضي ابو الطيب في اللبأ
جواز السلم وهو وجه حكاه المراوزة في الجميع لان تاثير النار في ذلك
له نهاية مضبوطة وفرعه الامام في الخبز والاجر وعلى طريقة فيه
لانه اذا لم يجز السلم في العجين قبل خبزه وهو اقل جهالة فلان لا
يجوز في الخبز مع كثرة جهالته اولى ورجح الماوردي هذا الوجه في
السكر والقند والفانيد وجزم به في العسل والسمن وحكى الامام
طريقة قاطعة بجوازه في السكر والفانيد والشواء وهل يجوز السلم
في السويق اذا جوزنا السلم في اللاقوسيه وصانع الحاوي وهل يجوز في
الماورد ذكر فيه صاحب التهذيب وحكى الماوردي فيه وجهين وان اعم
تاثير الشمس فيجوز في العسل المصفى بها وتلحق بنوع ما دخلته النار
ما دخله السوس من البلاد او العفن من الطعام قال الماوردي لان
ذلك لا ينضبط **فائدة** اذا جوزنا السلم في الخبز اشترط ذكر البلد
والنوع وانه رطب او يابس واذا جوزنا في السكر اشترط ذكر الناحية
ونوع القصب واللون والقوة واللين والحداثة والعتاقة والقدم في
قال وما يجمع اجناسا مختلفة اي مقصودة غير مضبوطة ولا يوجد في

في آخر النسج بدلت مختلطه مختلفه قال النووي واما يحتاج الى
التقييد لخلطها فاسد فلا يكون مخلطه قال والقسي اي
العجمية وهي بكسر القاف والسين وتشديد الياء جمع قوس ويجمع
على اقواس وقياس وكان اصل قسي قووس قال والنبل المريش النبل
السهام العربية قال اهل اللغة ولا واحد لها من لفظها وجمعها نبال
وانبال قال ابن مكي من غلط العامة قولهم للواحد نبل نبله وانما هو
سهم وقدح والمريش بفتح الميم وكسر الراء والياء يقال ريشته اريشه
ريشا فهو مريش جعلت له ريشا قال والغالية وهي
طيب متخذ من مسك وعنبر خلطا بالدهن قال الجوهري اول من سماها
سليمان بن عبد الملك يقول تغلفت بالغالية قال والند هو بفتح النون
مسك وعنبر وعود خلط بغير دهن قال والخفاف ومن معناها النعال
وقد حكى الماوردي عن ابن سريج جواز السلم في الخفاف والنعال اما
النبل عند المريش اذا لم ينحت فيجوز السلم فيه وزنا وقال ابو علي الطبري ان
امكن ضبط طوله وعرضه جاز السلم فيه عددا وان نحت فلا يجوز السلم
فيه ايضا وفي الحاوي حكاية قول انه يجوز اذا ضبط نحتها ووصفها
وعزاه الى نص الام وصححه وجعل الحكم في القسي على هذين الحالين
ففي الحالة الاولى الاصح وفي الثانية قولان والمخازن كالنبل
والترياق المخلوطة كالغالية والادهان المطيبة كلها كدهن البنفسج والبان
والورد ان خالطها شيء من الطيب لم يجز السلم فيها وان تروح السمسم
بها ثم اعتصر جاز والمشهور في جواز السلم فيه وجهان اصحهما الجواز
ومقابله هو الذي اورده الماوردي ورواه ابن سريج عن النص
قال والثوب المصبوغ لان الصبغ مع ما ذكرناه يمنع من الوقوف
على نعومة الثوب وخشونته وادراك صفته وفي الحاوي انه يجوز

قال واسلم في ثوب صبغ غزله ثم نسج واختاره الشاشي وهو
لا يصح على الامام ولم يحك عن شيخه سواه قال فان اسلم
في ثوب صبغ غزله ثم نسج او في ثوب قطن سداه ابريسم جاز
اما في الاول فلان لونه يجري مجرى لون الغزل فانه ينسج على
صفته كما ينسج على لون الغزل ويحتاج في وصف الغزل المصبوغ بعد
وصف الغزل الى ذكر اللون وما يصبغ به والبلد الذي يصبغ فيه وانه
صبغ الصيف او الشتاء كذا قال الماوردي واما في الثانية فالعلم
بالمخالط وقيل لا يجوز فيهما لانه مختلط من جنسين فكان كالغالية
والقلنسوة المحشوة وهذا ما حكاه الماوردي وخرج على هذا الخلاف
الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه طراز بالابرة بعد النسج
من جنس الاصل كالابريسم على القطن والكتان وان كان تركيبها بحيث
لا ينضبط اركانها فهي كالمعجونات ولو اسلم في ثياب الخز فوجهان
في الحاوي ووجه المنع انه لا يدري من اي شيء يوجد تنبيه السدا بفتح
السين مقصور قال الجوهري والسداة مثله وهما سديان والجمع اسدية
يقول منه اسديت الثوب واستديته والذي يعرفه العكس واللحمة بضم اللام
وفتحها قال ابن الاعرابي لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحتان واللحمة بالضم
ما يصاد به الصيد وجمهور اهل اللغة يقولون لحمة بالضم في الثلاثة فرع لو
اسلم في الصوف جاز على الاصح لان اختلاطه معلوم وان زيد فيها او نقص
فسهل وهذا ما اخبرنا عنه من قبل وقد منع منه بعض اصحابنا لانه
اخلاط تجمع وتنسج وهذا اجرى في منع السلم في جوهر الزجاج لانه
اخلاط مجموعة ذكره الماوردي قال وان اسلم في الرؤوس اي بعد السمط
والتنقية من الشعر ففيه قولان اصحهما انه يجوز لانه لحم وعظم فكان كسائر
اللحوم والثاني وهو الصحيح انه لا يجوز لاشتمالها على ابعاض مختلفة

وهي المناخر والمشافر ونحوها وتعذر ضبطها ولان معظمها
العظم وهو غير مقصود وغير المقصود اذا انضم الى المقصود
اثر فيه الغرر فمنع الصحة كالمعجون بخلاف سائر اللحوم ويجري الخلاف
في الاكارع ورأى الغزالي الاصح فيها الجواز وجزم القاضي ابو الطيب
القطع بالمنع فيها وحيث جوزنا السلم في ذلك فيجوز بالوزن وبالعدد حتى
لو اقتصر على احدهما لم يصح قاله الماوردي واعتبر ابن الرفعة في الرؤوس على
قول الجواز ان يكون الشعر والصوف والمناخر منحاة عنهما وهذا الاعتماد عليه
اما اذا لم تكن منقية من الشعر فلا يجوز السلم فيها قال وان اسلم في
المخيض وفيه الماء لم يجز لاختلاطه بالماء فيه ومنعه من ضبطه
وكذا الحكم في المصل اللبن فانه يخلط بالدقيق والملح والحب وفي الجيلي حكاية
وجه عن البسيط انه يجوز السلم في المخيض اما اذا لم يكن فيه ماء بل محض
اللبن لا غير جاز السلم فيه اذا وصفه بالحموضة قال الرافعي وفي
الحاوي ان السلم في اللبن الحامض يجوز لان اللبن القارص وهو ان
تجاوز صفة الحليب الى الصفات الحامض لم تشحه ابا القسم الصيمري
كان يقول بجواز السلم فيه وان غيره من اصحابنا قال لا يجوز لانه لا صفة له
تنضبط وصححه قال وان اسلم في الجبن وفيه الانفحة او في خل التمر
وفيه الماء جاز لانه لا غنى لهما عن ذلك وقوامهما به بخلاف المخيض وقيل
لا يجوز السلم فيهما كالمخيض وحكاه الامام والصيمري في الخل والاول
الاصح فيهما وهما جاريان في السمك المملوح وفي النهاية عن حكاية
صاحب التقريب ان الملح ان ظهر له وزن منع وان لم يظهر فان لم يكن له قيمة
ولا اثر له والسلم صحيح وان كان له قيمة معتبرة كالنون المصنوع بحل السبح
والاقط كالجبن تنبيه الجبن فيه لغات اشهرهن ضم فاسكان
عند ابن الاعرابي واخرى اسكان الباء والثانية بضمها بلا تشديد والثالثة بضمها

والثالثة بضمها وتشديد النون والانفحة فيها اربع لغات افصحها
عند الجمهور كسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء والثانية كذلك مع
تشديد الحاء والثالثة بفتح الهمزة مع التشديد والرابعة منفحة بكسر الميم
واسكان النون وتخفيف الحاء وهي كرش الخروف والجدي ما لم يأكل غير
اللبن فاذا اكل فهي كرش وجمعها انافح قال وان اسلم في الرق والجلود
لم يجز لانه لا يمكن ضبطها بالصفات فان جلد الورك ثخين قوي وجلد
البطن رقيق لين وجلد الصدر ثخين لين وقيل ان سوى جوانبها ودبغت
جاز السلم فيها وزنا وهذا ما حكاه الرافعي وحكاه الماوردي مع عدم
الجواز قال وان اسلم في الورق جاز لانه يمكن ضبطه بالصفة فيذكر عدده
وبين نوعه والطول والعرض والبلد والزمان والوزن فيه احوط قال
وان اسلم في ثوب مختلف الاعلى والاسفل والاوسط لاختلاف
الصنعة الرابع المنابر لم يصح كما في السلم في السهام وهذا ما حكاه
الشيخ ابو حامد وقال القاضي ابو الطيب بجوازه وحكاه عن نص الشافعي
في الام وطرده في العمائم فعلى هذا اشترط ذكر الجنس وضبطه بالسعة
او الضيق والصغر او الكبر والعمق والثخانة او الرقة وهل هو مضروب
او مصبوب فان ذكر الوزن كان اصح وان لم يذكره جاز وفي تعليق القاضي
الحسين انه نص على ان اللبن يجمع فيه بين العدد والوزن فيقول كذا لبنة
وزنها كذا قال وقياس هذا النص ان يكون السلم في العمائم والطناجير وغير
ذلك مما يكون بصنعة ادمي يذكر فيه الوزن والعدد تنبيه الواو في قول
الشيخ والاسفل والاوسط بمعنى او ولهذا نظائر من كلام العرب
وليس المراد اشتراط اختلاف الاعلى والاوسط والاسفل بل كل واحد
منها مستقل بالحكم المذكور والجمع منابر بفتح الميم باتفاقهم وقال اهل
اللغة والنحو جمعها مناور بالواو لانها من النور وقال الجوهري وغيره

هي مفعلة بفتح الميم من الاستنان وتجوز مغاير بالهمز تشبيها
هي مفعلة للاصلي بالزايد كما قالوا مصائب واصله مصاوب قال
صاحب المحكم الجمع مناور على القياس ومنائر بالهمز على غير قياس
ومن هذا تعرف ان كلام الشيخ صحيح لانه لو قال بالواو لكان اجود
قال وان كان مما لا يختلف كالهاون والسطل المربع جاز قال الامام
ضبطه والهاون بفتح الواو وهو معرب وكان اصله هاوون لان
جمعه هواوين مثل قانون وقوانين فحذفوا الواو الثانية استثقالا
وفتحوا الاولى لانه ليس من كلامهم فاعول بالضم قاله الجوهري وقال
ابن فارس انها وزنها ناوون عربي كانه فاعول من التهون وقال
الجواليقي هو فارسي معرب مثل فاعول والسطل يقال له السيطل
وهما معربان قال ولا يجوز السلم الا في قدر معلوم للخبر ويجوز فيما
يكال اي مثل الحبوب والمايعات بالكيل وفيما يوزن اي مثل
الخضراوات من البقول والاجبان والباذنجان والرمان والاحجار
والاخشاب التي تختلف الغرض بوزنها والعنبر وان كان يمكن حمله لان
اليسير منه له قيمة كثيرة والسمن الجامد ونحو ذلك بالوزن وهل يجوز
بالكيل ينظر ان كان يتجافى في المكيال فلا لان الكيل يقصر عن تحصيل
المقصود منه وان امكن من غير تجاف جاز كيلا انتهى صرح به الماوردي
قاله الشيخ ابو الطيب والبندنيجي يجوز السلم فيه كيلا او وزنا من جنس معروف اذا
اختلفت اجناسه وفيما يذرع مثل الثياب والابواب والرخام
والاكسية واللبود والبسط التي يجوز السلم فيها بالذرع وفيما
يعد اي مثل الرقيق والحيوان والورق الابيض وكذا الاواني من النحاس
وغيره كما صرح به الماوردي بالعدد لان ذلك يحصل المعرفة بالمقدار
ومن تعليق البندنيجي ان السلم لا يجوز بغير كيل ولا وزن الا في شيئين
الحيوان والثياب

قاعل الفعل

الحيوان والثياب والورق الظهور الذي يراد للغسل والمعتبر
منه الوزن لا غير وان كان من الظهور المقويه لم يجز السلم فيه قاله
الماوردي لاختلافها وانه لا ينضبط صفاتها قال قال النبي صلى الله عليه وسلم
من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
واعتبر هذين لا غير فلما اعتبرنا العدد والذرع ومقتضى الحديث
ايضا انه لا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن لكن قام الاجماع على جوازه فيما
عداهما واما الحديث فجوابه انه ورد على سبب خاص وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم
لما قدم المدينة وجدهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال من اسلم
اسلف الى اجل فيجوز بعد ذلك لمن اسلم في مكيل فليكن الكيل معلوما
ومن اسلم في موزون فليكن الوزن معلوما ومن اسلم في مؤجل فليكن الاجل
معلوما وبهذا انضا يجيب على من استدل بهذا الحديث على اشتراط الاجل
في السلم قال وان كان مما يختلف كالبيض والجوز واللوز والفستاق
وهو بضم الفاء وفتح القاف وضمها والبطيخ لم يجز السلم فيه الا وزنا
لان الكيل لا يحصره وقيل يجوز في الجوز واللوز كيلا لعدم تجافيه
في المكيال وهذا ما جزم به ابن الصباغ ولا بد في كل من الكيل والذرع
ان يكون معلوما لمن ذكرنا لاشتراط معرفة الوصف وقيل وسياتي
الكلام على اشتراط المكيال المعين وبدرهم الذراع المعين قال وان
اسلم في مؤجل لم يجز الا الى اجل معلوم للخبر السابق والمعنى فيه ان
الاجل يقابله قسط من الثمن فاذا كان مجهولا جهل ما يقابله من
الثمن فلو ذكر الاجل مجهولا فالعقد باطل وكذا لو حذفاه في المجلس
على الاصح وفيه وجه عن رواية صاحب التهذيب وعلى مقتضى حكايته انه يصح
ويصير حالا ولو ذكر الاجل صحيحا ثم حذفاه في المجلس صار حالا ولو
هذا يشبه ذكره عن القاضي الحسين في اول باب الرخصة في السلم الحال

الهروي

جيل

جايز عندنا جا يوجد من لفظ الشيخ هنا ومن بعد اللهم الا ان يكون
المسلم فيه لا يوجد الحال و يوجد في اثناء الحال ولا يصح السلم فيه
الا موجلا لذلك الوقت جا سبيلاني ووجه ما قاله الشافعي انه اذا جاز
موجلا مع ما فيه من الغرر فهو حالا اجوز وعن الغرر ابعد والجواب
عن الحديث قد سبق لكن هل من شرط الحلول ان يصرح به حتى لو اطلق
ولم يصرح به ولا بتاجيل بطل العقد لان العرف في التاجيل
مشهور السكوت عنه بمنزلة ذكر اجل مجهول او الاطلاق يدل عليه
او يحمل على الحلول فيه وجهان او قولان الاصح منهما عند الجمهور الثاني
وعند الغزالي الاول وبنى الماوردي الخلاف على خلاف حكاه عن
الاصحاب بلا انه اوجه من ان الاصل في السلم التاجيل والحلول رخصة
او العكس او كل منهما اصل فالاول مبني على ان الاصل التاجيل
والثاني على ان الاصل الحلول واذا قلنا لابد من التصريح بالحلول
فصيغته ان يقول اسلمت اليك كذا حالا او اطلق ونوى به معنى ست
للعرف فلو قال الحالة به معنى ستة من ليل او نهار رفيه وجهان وجه
البطلان ان المسلم فيه انما يجب تسليمه ... فاذا وقع الشرط
كان ذكرا مقتضيا به مطالبته في وقت لا يقدر على تسليمه وما لا يمكن
تسليمه عند استحقاقه المطالبة به لا يصح السلم فيه **فرع** اذا قال
اشتريت منك بالف على ان تضمن فلان الثمن عني ويكون موجلا في حقه الى
شهر صح الاجل في حق فلان وهل يثبت الاجل في حق المشتري فيه وجهان
منقولان في التتمة من جنان الشرط ويتجه ان يجري مثلهما هنا واعلم ان العلم
بمقدار الاجل يحصل بوجهين احدهما يقدر مدة الاجل بان يقول باجل شهر
او ستة اشهر او استحق المطالبة به بعد شهر ولا فرق في ذلك بين ان
يقول ابتداؤها من الان او يطلق كما صرح به المتولي وعلله بان اطلاق

الزمان

الزمان في العقد ينصرف الى الزمان الموصول بالعقد كما لو
قال اجرتك شهرا يحمل العقد على الشهر الموصول بالعقد
وكذلك اذا قال الى اجل كذا شهرا اقتضى المتصل باليمين ثم الشهران
معتبران بالاهلة ان كان العقد منطبقا على اول الشهر والا
فالاول بالعدد والثاني بالهلال وفيه وجه انه متى انكسر الاول
انكسر ما بعده ويحكى الامام فيما اذا وقع العقد وقد بقي من صفر
لحظة وكان التاجيل بثلاثة اشهر ومن بعض الاصحاب ان يكتفى في
هذه الصورة بالربيعين وجمادى فانه جرت الاهلة عنه كوامل وما
بناه هو الذي نقله ابو سعيد المتولي وغيره وقطعوا بحلول الاجل
بانسلاخ جمادى في الصورة المذكورة فان العدد انما يراعى اذا جرى العقد
في غير اليوم الاخير فاقال الرافعي وهو الصواب واذا كان العقد في غير
هذه الصورة وقع وقت الزوال اعتبر اخر المدة بوقت الزوال وحصل
يعلم عند الكلام في الخيار حكاية وجهان في ابتداء الاجل من حين التفرق
الثاني بعيد وفيما لو اجل بان يقول الى سنة كذا من الهجرة فيحل الاجل
من اول ليلة من السنة التي تليها لان اول شهور الهجرة وان كان اولها شهر
ربيع الاول لان الهجرة كانت فيها وجعل اولها المحرم لانه اول شهور
العرب وكانوا يؤرخون بعام الفيل ثم ارخوا ببناء الكعبة ثم ارخوا
بالمبعث ثم ارخوا بالهجرة واستقر المسلمون عليه وكان اول من ارخ
بالسنين من الهجرة عمر بن الخطاب لكتاب حمل اليه اسمه فيه وقد ارخ
بشعبان فقال عمر اي شعبان الماضي او الاتي والذي نحن فيه ارخوا
بالسنين ومن هذا النوع ما اذا قال الى شهر رمضان سوا علقاه بما بينهما
اولا ويحل الحق بغروب الشمس من اخر يوم من شعبان ولو عدل عن لفظ
الغاية الى حروف الظرف فقال في شهر رمضان لم يجز كما لو قال في سنة

يتحقق

لعله ووقع

المحرم

كذا وقال ابو علي ابن ابي هريرة يحمل على اول الشهر كما لو قال لزوجته
انت طالق في شهر رمضان فانها تطلق باول جزء منه وقياس
هذا ان يطرد في السنة وقد وافق على انه لو قال في سنة كذا يحمل
على اول جزء منها كما حكاه الماوردي وفي الحاوي التتمة طرده
في السنة ايضا وفرق الاصحاب بين هذا وبين الطلاق بان الطلاق
يقبل التعليق بالمجهول والغرر بخلاف العقود قال ابن الصباغ وهذا
الفرق ليس بصحيح عندي لانه لو كان مجهولا لوجب ان لا يصح ولا يتعلق
باوله بل يتعلق بوقت منه يقف على بيانه واذا كان جميعه وقتا له
تعلق الطلاق باوله اقتضى ذلك ان الاطلاق يقتضيه فلو قال في يوم
كذا فمن اصحابنا من الحقه بالشهر قال الماوردي والصحيح جوازه
في اليوم لقرب ما بين طرفيه فان في تحديد الوقت في اليوم تضييق
يلحق بالناس والتاجيل الى اليوم يحل بطلوع فجر ذلك اليوم وان كان التاجيل
الى النهار على احد الوجهين والثاني يحل بطلوع شمسه ولو جعل
الاجل عقيب شعبان او بحرمه صح قاله الماوردي وكذا لو
جعله الى اول الشهر او الى اخره قال الامام وصاحب التهذيب
وجب ان يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف قياسه مسألة النفر وهذا
ما ذكره الجيلي وهو كلام المذهب ولو اجل بالحصاد او القطاف او
الميسرة لم يصح وفي كتاب ابن خزيمة جواز السلم الى الميسرة لانه عليه الصلاة والسلام
اشترى شيئا الى الميسرة ولو اجل الى الوقت الذي يصلح فيه الحصاد
والدياس والجذاذ لا يصح باجل الثمن اليه وفي جواز تاجيل الضمان
اليه قولان ذكرهما الماوردي في كتاب الضمان ولو اجل بالنيروز او
المهرجان او الى شهر من شهور الروم او الفرس جاز على ما اطلقه
ابن الصباغ والبندنيجي وفصل الماوردي فقال ان كان المتعاقدان

من العرب

من العرب لا يعرفان عدد ذلك لم يجز لانه اجل الى ما لا يعلم فلم يصح وان
عرفا ذلك او كانا من الفرس فهل يصح فيه وجهان مذهب البغداديين
الجواز ومذهب البصريين عدمه وقال في كتاب الضمان انه لا يجوز
تاجيل الاثمان بهما وفي جواز تاجيل الضمان بهما وجهان حكاهما ابن سريج
ووجه الامام المنع في النيروز والمهرجان بانهما يطلقان على
الوقت الذي تنتهي الشمس فيهما الى اوائل برج الحمل والميزان
وقد يتفق ذلك ليلا وقد يحبس مسير الشمس كل سنة مقدار ربع
يوم وليلة وهكذا الخلاف فيما لو اجل بفطير اليهود وفصح النصارى
اذا عرف المسلمون ذلك لانهم قاله الماوردي وظاهر ما حكاه
ابن الصباغ عن النص والتعليل يقتضي الجواز لانه علل المنع بانه
لا يعرفه المسلمون وعلله الاصحاب بانه يحتاج الى الرجوع الى قولهم
قال ابن الصباغ وهذا انما يتصور اذا كان منهم عدد تواتر فامكن اعيادهم
ولو لم يعرفه الا المتعاقدان والاصح انه لا يكفي وقيل لا بد من معرفة عدلين من
المسلمين حكاه الرافعي ولو قال الى نفر الحجيج الاول وهو الثاني عشر من ذي الحجة
او الثاني وهو اليوم الذي يليه صح لاهل مكة لمعرفة عوامهم به وفي جوازه
لغير اهل مكة وجهان ولو قال الى يوم القر وهو الحادي عشر من ذي الحجة وسمي
بذلك لاستقرار اهل الحج بمنى فيه او يوم الحلاف وهو الثالث عشر من ذي الحجة وسمي
بذلك لحلول منى منهم اهلها لم يجز لغير اهل مكة وفي جوازه لاهل مكة وجهان
كذا قاله الماوردي ولم يستعمله الرافعي ولو اطلق التاجيل بنفر الحجيج او ربيع
او جمادى او العيد ففي الصحة وجهان ومن صحح نزله على الاول وحكى ذلك عن
النص ولم يحك ابن الصباغ سواه قال فان اسلم في جنسين الى اجلين اي
كما اذا قال اسلمت اليك مثلا عشرة اراداب من بر هذا ما بين دينار مثلا خمسة مؤجلة
الى شهر وخمسة الى شهرين او في جنسين الى اجل بان يقول اسلمت اليك خمسين درهما

في خمسة ارادب قمح وخمسة ارادب شعير الى شهر جاز على اصح القولين
لعموم الخبر وانه لم يفرق فيه وبالقياس على ما لو باع بثمن مؤجل
بنجمين او جنسين والثاني لا يجوز لانه ربما تعذر التسليم في بعض
الاجلين او بعض الجنسين فيرتفع العقد فيه فلا ندري ما ذا يقابله
من رأس المال وذلك غرر وهذا القول قال المتولي انه مخرج من اصلين
احدهما ان المسلم فيه اذا انقطع ينفسخ العقد والثاني ان الصفقة لا
تفرق وبنى ابن الصباغ والماوردي القولين على القولين في ان رأس المال
هل يشترط فيه ان يكون معلوم المقدار قال وان اسلم حالا لم يفتقر الى بيان الموضع
ويتعين التسليم في موضع العقد كالبيع فان قيل هل لا فصّل الشيخ
بين ان يكون السلم في موضع يصلح للتسليم فيكون الحكم ما ذكره او لا يكون
في موضع يصلح للتسليم فيجب تعيينه قلنا الذي يظهر من كلام الائمة ان
السلم الحال في موضع لا يصلح للتسليم بالمعنى الذي سنبينه لا يصح لان
من شرط الصحة في العقود القدرة على التسليم عند المحل وهو حال وقد
عجز عنه في الحال ويرشد الى ذلك ان الماوردي صرح بانهما اذا كانا في
موضع لا يمكن من قبضه فيه بان كانا في سفر ان العقد باطل قال وان
اسلم مؤجلا في موضع لا يصلح للتسليم كالبادية والصحراء وجب بيان
موضع التسليم لانه لا يمكن حمله على موضع العقد لتعذره والغرض
يختلف باختلافه فوجب البيان لنفي الجهالة والغرر وفي
الرافعي ما يفهم حكاية قول عن رواية القاضي ابي حامد وصاحب
الافصاح ان القولين الآتيين جاريان في هذه الصورة ايضا وادعى
القاضي الحسين في تعليقه نفي الخلاف فيها على وفق ما ذكره الشيخ وفي
التتمة حكاية وجه انه يحمل على اقرب موضع صالح للتسليم قال وان
كان في موضع يصلح للتسليم فقد قيل يجب بيانه لان التسليم في موضع

العقد كالبيع

١٧٧

العقد كالبيع بثمن مطلق في موضع منه نقل متعارف وهذه طريقة
ابي اسحق وعليها حمل ما نقل عن الشافعي في عدم اشتراط بيان
الموضع ونصه على الاشتراط على ما اذا كان في موضع لا يصلح للتسليم
قال الجيلي وهو الاصح قال وقيل فيه قولان احدهما لا يجب لما ذكرناه
والثاني يجب لاختلاف الاغراض في الموضع فكان التعيين واجبا كما لو
باع بثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد غالب وقد اختلف الاصحاب في
محل القولين فمنهم من قال محلهما اذا لم يكن للنقل مؤنة اما اذا كان
فيجب البيان قولا واحدا وهذه اصح الطرق عند الامام وفي تعليق
القاضي الحسين ويروى عن اختيار القفال ومنهم من قال محلهما اذا كان
للنقل مؤنة اما اذا لم يكن فلا يجب قولا واحدا ومنهم من قال لا فرق وجريانهما
بين ان يكون للنقل مؤنة ام لا وذهب ابن القاص الى ان المسئلة ليست
على قولين كما ذهب اليه ابو اسحق لكنه حمل نص الوجوب على ما اذا كان
للحمل مؤنة والنص بعدم الوجوب على ما اذا لم يكن له مؤنة وهذا اختاره
القاضي ابو الطيب وقال الرافعي ان الفتوى عليه واعلم ان البيان يحصل
بان يقول تسلمه الي في موضع كذا او بلد كذا واذا احضره اول البلد
لزمه قبضه منه ولو قال على ان تسلمه الي في اي موضع شئت من بلد كذا
بطل ان كان كبير المحل وان كان صغيرا جاز كما لو قال في اي مكانه
ولو قال على ان تسلمه الى بلد كذا او بلد كذا ففيه وجهان احدهما البطلان
والثاني انه يصح وينزل على تسليم الشطر في كل بلد كما صرح بذلك جميعه الماوردي
وقد يشكل الفرق بين ما اذا قال تسلمه الي في بلد كذا وبين ما اذا قال
تسلمه الي في شهر كذا على المذهب خصوصا على ما اذا كان البلد كبيرا
فرع لو عين مكان التسليم فخرب جميعه وخرج عن صلاحية التسليم
فللاصحاب اوجه احدها ان ذلك يتعين والثاني لا وللمشتري الخيار

والثالث يُعين اقرب موضع صالح ولو لم يخرب ولكنه صار
مخوفا للفتنة فيه ففي الحاوي انه لو احضره اليه فيه لم يجب قبوله
وليس للمسلم اليه تكلفه نقله الى موضع اخر بل يتخير بين ان يصبر
الى ان تزول الفتنة او يأخذه قال والاصح انه لا يجب تعيين جودة اى
في الحال ان كان السلم حالا او عند المحل ان كان السلم موجلا
لتيسر التسليم قال ويؤمن انقطاعه ليأمن العاقبة قال فان اسلم
فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه او في جارية واختها اى
لندرة اتفاقهما في الصفات المشروطة او اسلم فيما لا يؤمن انقطاعه
كثمر قرية بعينها او على مكيال بعينه اى لا يعتاد الكيل بمثله كالكوز
او زنة صخرة بعينها لم يصح اما فيما لا يعم وجوده فلان القدرة على
التسليم متعذرة فاشبه بيع العبد الآبق واما في ثمر القرية فلانه
لا يؤمن فيها تسليم المبيع لتعرضها للتلف فاشبه بيع المبيع قبل
القبض ووجهه الغزالي بان التعيين ينافي الدينية فرجح ان البعض يستحق
محل التحصيل والمسلم فيه ينبغي ان يكون دينا مرسلا في الذمة ليتيسر اداؤه
ومقتضى هذه العلة ان لا يجوز فيما اذا عين قرية كبيرة لكن الاصح من الوجهين
فيها الجواز ولا نزاع في انه لو اضاف الى ناحية او قرية كبيرة وافاد ذلك
تنويعا كمعقل البصرة انه يجوز واما في الباقي فلان ذلك مجهول ولان
المعين قد يتلف فلا يدري ماذا يرجع به عند المحل وعقد السلم يصان
عن الغرر بقدر الامكان حسبه وتحقيقه ورأيت في الحاوي ان بعض اصحابنا
اخذ ان السلم عقد غرر والحقه ببيوع الاعيان وعلى العلتين يخرج
البيع فان عللنا بالجهل لم يصح ان يبيعه من الصبرة مثل هذا الكوز وان
عللنا بالثانية صح وهو الاصح وعليه يدل ايضا ان الغي فيما اذا اصدقها
مثل هذه الجرة انه لا يجوز لانها قد تنكسر والسلم الحال في ذلك كالبيع او

بالسلم

بالسلم الموجل فيه وجهان احسنهما الصحة [illegible] انه كالموجل
وفي النهاية ان الاصل لو كان يتوجد في بلد اخر فينظر ان كان قريبا منه
صح وان كان بعيدا لم يصح ولا يعتبر مسافة القصر وانما يعتبر القريب
هو الذي يعتاد نقل مثله منها الى البلد الاخر في عرض المعاملة لا في
معرض التحف وفي [illegible] لو اسلم في الجارية الخادمة وولدها جاز لان
ذلك لا يعز في الحاضنات دون الامة التي تراد للتسري وفي الحاوي ان
المكيال الذي عينه اذا كان مساويا لكيل البلد ففي صحة السلم وجهان
مبنيان على انه هل يلزم التعيين فان لزم بطل حالا وان كان محبوكا وهي
صورة مسالة الكتاب ان الاصح وجاز ان يكيل له بغيره وهذا هو الاصح في
الرافعي وكذا الكلام في الوزن والذرع وحكى فيما اذا شرط الذرع بذراع
بل وعينه ان من اصحابنا من اجاز لتعيينه واسقط الجهالة عنه والصحيح
[illegible] المستوفى [illegible] بنفسه فرع لو اسلم في
قدر [illegible] من الحنطة او غيرها في قرية [illegible] يعلق على الطرد وجوده لكن
لا يحصل الا بمشقة عظيمة ففيه وجهان اقربهما الى كلام الاكثرين وبه قطع
القاضي الحسين البطلان واقربهما عند الامام الصحة لان التحصيل ممكن
وعلى الترمة وهذا في بيع الطبيخ الدار القبحاء والسمك في البركة
الواسعة قال وان اسلم فيما يؤمن انقطاعه كالرطب لو انقطع في محله
اى بان مضى الاجل وهو مفقود او مات المسلم اليه قبل اوانه فحل عليه
الحق صح [illegible] السلم في قول لان اصحهما ان المشتري بالخيار بين ان يفسخ
وبين ان يصبر الى ان يوجد لان العقد ورد على مقدور عليه في الظاهر
فعروض التعذر لا يقتضي فسخ العقد وبعض ثبوت الخيار للمشتري كما لو
ابق العبد المبيع قبل القبض ولان المعقود عليه في الذمة علم يتعذر
[illegible] لم ينفسخ العقد واثبت الخيار كما اذا افلس المشتري بالثمن

قال والثاني انه ينفسخ العقد لانه لما كان تلف العين المبيعة عند
استحقاق القبض مبطلا للعقد ولانه سلم في معدوم فصار كما لو
علما عند العقد انه معدوم وعلى الاول في مدة الخيار ثلاثة اوجه احدها
انه على الفور كخيار العيب والثاني انه يمتد الى ثلاثة ايام حكاهما
الماوردي واذا اخر الى الوجه يلزمه الصبر الى العام الاتي ولم
يكن له الفسخ قبله واذا جاء العام الاتي والثمر ايضا معدومة وله
الخيار ايضا لعدم الثمر في العام الثاني وهلم جرا والثالث والذي
حكاه الغزالي سواه انه على التراخي كخيار المراة في الايلاء لانه نتيجة حق المطالبة
الثابت للمستحق وهو قائم متجدد في كل حال فعلى هذا لو صرح بالاسقاط
هل يسقط فيه وجهان في الاصح انه لا يسقط كما لا يسقط بالتاخير
ووجهه الامام بان هذه الاجازة انتظار والانتظار تاجيل والتاجيل
لا يلحق العقد بعد لزومه **قلت** الذي يظهر ترجيح ما حكاه الماوردي
فان ما قاله الغزالي فيه نظر من حيث انه يقتضي تجدد حق الفسخ اولا فاولا
لان الثابت من الخيار يستمر الى الابد بل في كل زمان يتجدد ما يقتضي ثبوت
الخيار وذلك يقتضي الفور لكن يخالفه ما يقتضي خيارا اخر غير الفوري
بين ما نحن فيه ومسئلة المولى ان الزوج قادر على الوطي في كل زمان فالطلب
يتجدد فلذلك تجدد حق الخيار وها هنا عند انقطاع الثمر المسلم فيها
المسلم اليه غير قادر على التسليم فلا يتجدد حق الطلب عليه بما هو
عاجز عنه ولا يرد علينا مسئلة العبد الابق فانا نورد عليها مثل هذا
السؤال لانه اذا انه يسقط الخيار عند السكوت عند الاجازة من طريق
الاولى وما قاله الامام فيه توقف فيه وسؤال السر الاخير دليل على اسقاط
حق مختص جاء من اصله العنين والمولى تخيرا عند العراقيين فيما اذا
لم يوجد المسلم فيه بسبب جائحة اصابته او لتاخر القبض حتى فقد في

الرافعي

الرافعي عن بعض الاصحاب ان القولين في الحالة الاولى واما الحالة
الثانية فلا ينفسخ العقد في الحال ولا فرق على القولين في ثبوت
حق الفسخ بين ان يكون راس المال باقيا او تالفا وبخالف الفسخ
بالافلاس فانه يشترط فيه ان يكون المبيع الذي هو وزان راس المال
باقيا والفرق ان الفسخ في الفلس جوز حتى لا يلحق البائع ضرر المقاسمة
واذا كانت العين تالفة فالضرر لاحق به ولا فائدة في الفسخ وها هنا
اثبتناه حق الفسخ لتاخر الحق وذلك موجود عند التلف فان قيل متى
يحصل الانقطاع قلنا بان لا يوجد اصلا وفي معناه ما اذا كان في غير
تلك البلد التي يستحق فيها القبض ولكن لو نقل اليها لفسد وما اذا
لم يوجد الا عند قوم مخصوصين وامتنعوا من بيعه ولو طلبوا
يبيعونه بثمن غال وجب تحصيله ولم يكن ذلك انقطاعا وان امكن
نقل المسلم فيه الى البلد يستحق فيها وجب نقله ان كان في حد القرب ولا
انقطاع ولم يضبطه في التهذيب وجزم فيه وجهان اقربهما ما دون
مسافة القصر والثاني مسافة العدوى وفي النهاية ان النقل ان امكن
ولو على عسر فالاصح ان المسلم لا ينفسخ اصلا ومنهم من طرد فيه القولين
فرع لو اسلم في شي عام الوجود عند المحل ثم عرضت افة يتحقق بها انقطاع
الجنس عند المحل فيه وجهان اظهرهما الثاني وهو ماخوذ مما اذا حلف
لياكلن هذا الطعام غدا فتلف في يومه **اخر** اذا انفسخ العقد وانفسخ
وجب رد راس المال ان كان باقيا وعند ورود العقد على عينه وكذا ان ورد على
ما في الذمة وعين في المجلس على احد الوجهين وعلى الثاني هو مخير ان شاء
رده وان شاء ابدله وبني الامام الوجهين على ان المسلم فيه اذا رد بالعيب
هل يكون نقضا للملك من اصله تبيينا او هو منقطع في الحال وفيه خلاف
فان قلنا بالاول وجب رده والا فللمسلم اليه الابدال وفي التتمة

حكايته هذا الخلاف فيما اذا كان راس المال من ذوات الامثال
اما اذا كان من ذوات القيم فيتعين رده وطرد هذا الحكم فيما
اذا قبض المسلم المسلم فيه ثم وجد المسلم اليه براس المال المعين
في العقد عيبا ورده ولو كان راس المال تالفا رجع بدله من
مثل او قيمة قال ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض ولا التولية
ولا الشركة لما روي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
من اسلف في شي فلا يصرفه الى غيره ولان المبيع مع تعينه يجوز بيعه
قبل القبض فالمسلم فيه مع كونه مرسلا في الذمة اولى ولو صالح عن
المسلم فيه على راس المال قبل القبض قال ابن سريج يجوز ويكون فسخا
للعقد بلفظ الصلح حكاه عنه المتولي وغيره وقد مضى الفرق بين
الثمن اذا كان في الذمة وبين المثمن في باب ما يتم به البيع وذلك بعدم
الكلام في باب بيع المصراة في ان الاقالة هل تجوز في المسلم فيه وتعلقه في
اخر باب المرابحة بان التولية والشركة انهما بيع في الحقيقة قال واذا
احضر المسلم فيه اي في محل قبضه من زمان ومكان على الصفة التي
تناولها العقد او اجود منه وجب قبوله اما اذا اتى به على الصفة فلانه
المسلم فيه وله غرض في براءة ذمته واما اذا اتى به اجود منه فلانه اتاه
بحقه وزيادة غير متميزة ولا يخل بالمقصود فكان الامتناع من القبض
محض اضرار وهذا هو الصحيح في تعليق الشيخ ابي حامد ولا فرق فيه بين زيادة
الصفة مثل ان يعطيه الجيد عن الردي او الاجود عن الجيد وبين
زيادة النوع قال وقيل ان كان الاجود من نوع كالمعقلي عن البرني اي
وكان اليه المسود عن الابيض والثوب المروي عن الغزي لم يجب قبوله
لاختلاف الاغراض باختلاف الانواع وهذا ما قال به القاضي ابو الطيب
وجعله المتولي المذهب ورجحه ابن الصباغ وايراد الرافعي يقتضي

ترجيحه فعلى هذا

لا يجوز — تناوله — متميزة — لعله الهروي — بلغ

ترجيحه فعلى هذا هل يجوز القبول فيه وجهان اظهرهما عند الرافعي
وقال ابن الصباغ انه لا لانه يشبه الاعتياض عن حالو اختلف الجنس
والثاني نعم كما لو اختلفت الصفة وحكى الماوردي هذا الخلاف ايضا
وعزا الاول الى ابي اسحق والثاني الى ابن ابي هريرة وصححه ثم قال فان
قلنا بهذا اجبر المسلم اليه على قبوله وحكى الامام في وجوب الاجبار
عن اتيانه بالاجود من الصفة وجها انه لا يجب لمكان المنة والتفاوت
بين التركي والهندي من العبيد تفاوت نوع لا تفاوت جنس على الاصح
والتفاوت بين الرطب والتمر وبين ما سقي بالسماء وما سقي بغيره
تفاوت نوع لا تفاوت وصف على الاشبه من الوجهين التفريع حيث
قلنا يجب القبول فاذا امتنع من القبض قيل له اما ان تقبض واما ان
تبرئ من الحق فان فعل والا قبضه الحاكم وبرئ المسلم اليه لانه حق وجب
عليه فملك ان يبرئ عنه الحاكم عنه فقام مقامه فيه وفي الكفاية وعن حكاية
الماوردي حكاية طريقة اخرى انه لا يجبر على قبوله على احد القولين اذا لم
يكن للدافع غرض سوى البراءة كما سنذكره في الدين المؤجل اما اذا كان له
غرض من فك رهن او له ضامن اجبر قولا واحدا تنبيه الاطلاق
الشيخ يقتضي مع قرينة التفصيل بعد انه لا فرق في وجوب القبول عند
الاتيان به على الصفة بين ان يكون على المسلم فيه ضرر ام لا وفي الحاوي
انه لو اسلم اليه في جارية بصفة فاتاه بها على تلك الصفة وكان ابن المسلم
او جده لم يلزمه قبوله ايضا لانه يعتق عليه ايضا فلا يستقر عليه ملك فصار
عيبا لانه اسلم فيها ليملكها فان قبضه وهو لا يعلم انه ابوه ثم علم فوجهان
احدهما ان القبض فاسد فلا يعتق عليه وله رده لانه ممن لا يوجب عقد
السلم اقباضه والثاني ان القبض صحيح والعتق نافذ ولا ارش له لان
كونه ابا للمسلم ليس بعيب في الاسواق يوجب نقص الثمن ولو كان الماي به

اذا المسلم او عمه فهل له الامتناع من قبوله على وجهين اصحهما له ذلك
لانه قد حلها الحمام بحفظه عليه وللمنفعة من بيعه انتهى ما قيل
ما ذكره من عدم وجوب قبول الزوج والزوجة ليس لما يلحقه من
العار بفسخ النكاح بل لان الزواج عيب في الامة والعبد عند
عامة الناس والمسلم فيه لا يجب قبوله معيبا قلت لما كان الغرض
رفع النكاح يختلف علامه وان كان عيبا ويشهد له امران احدهما انه
ما قدمناه فيما اذا اشترى جاريه مزوجة او قال لها الزوج ان ردك
سيدك بعيب فانت طالق وكان قبل الدخول فان للمشتري ردها بما اطلع عليه
من عيبها لان الزوجية تزول بالرد فقدرت كالمعدومة والثاني ما حكاه
الامام في ضمن فصل مهد في نكاح المغرور انه لو قتل امة مزوجة تلزمه
قيمتها خلية عن الزوج وان كان تقدير النكاح فيها ممكنا لو بقيت لان
القتل يزيله فجعلنا المحقق فيه كالواقع والله اعلم **فرع** لو اسلم في عبد فاتاه
بخصي لم يلزمه قبوله فان تراضيا على قبوله لم يجز وجهان ان يكون
بعض ما اسلم فيه وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز والحم لو بان اشتد له
جاز له قبوله وله الخيار ان وجده سوا من العرج وان كان من سوا من
من احدهما فلا خيار وان احضره قبل المحل ولم يكن عليه ضرر في قبضه
لزمه قبوله لما فيه من تبرية ذمة صاحبه من غير ضرر يلحقه فالامتناع
نوع من التعنت فمنعته اما اذا كان عليه ضرر فلا يجب عليه القبول لقوله
عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار ومن اما ذكر الشيخ تفصيل الاصحاب
اخر فقالوا ان كان للممتنع من القبض غرض بان يكون وقت نهب او كان
المسلم فيه حيوانا يحتاج الى علفه او تمره او الحامل يدلك عند المحل طريا
او كان مما يحتاج الى مكان له مؤنة كالقطن والحنطة الكثيرين فلا يجبر
اللهم الا ان يكون النهب والغارة موجودين عند العقد فان ذلك اهل

يجعل

١٨١

يجعل النهب الموجود عند الاقباض كالمعدوم فيه وجهان في
الابانه وان لم يكن له غرض وكان للمودي غرض من فك رهن او
براءة ضامن او كان عليه في حفظه كلفة كما قال المتولي اجبر على القبول
وفي النهاية انه ان من اصحابنا من قال يطرد القولين في الدين المؤجل وان كان
للمعجل غرض جمعا من ضمن الاسر ومراده القولين الاثنين في الصورة
الثالثة وهذا يوهم طرد الخلاف في الصورة الاولى ايضا وهل يلتحق بعدم
الاعذار خوفه من انقطاع المسلم فيه قبل الحلول فيه وجهان وان لم يكن له
غرض سوى براءة الذمة فقولان اصحهما الاجبار وهو المنصوص في
المختصر بما ذكرناه وهذا كله لا يا باه كلام الشيخ ووجه الامام
المنصوص بان الاجل حق من عليه الدين فاذا اسقطه لم يكن للمستحق الحق
ان يمتنع واذا كان اصل الحق ساقطا باعتباره من غير شرط القبول
على الاصح فينبغي ان يسقط حق الاجل من غير حاجة الى القبول من مستحق الاصل
اجل الدين وما قاله هنا قد يظهر انه مخالف لما حكاه من قبل في باب
تجارة الوصي بمال اليتيم فانه قال من عليه الحق المؤجل اذا اسقط الاجل
لم يسقط في حق مستحق الدين حتى لو اتى به قبل حلول الاجل لم يجبر مستحق
الدين على القبول على القول الصحيح وهل يسقط الاجل في حق من عليه الدين
حتى لو اراد مستحق الدين مطالبته قبل الحلول يكون له ذلك فيه وجهان انتهى
وان كان للممتنع غرض وللمودي غرض غير براءة الذمة فيه طريقان في
النهاية احدهما انهما يتساقطان ويجري القولان والاصح ان
المرعي جانب المستحق وعلى هذه الطريقة ينبغي ان يحمل اطلاق التصحيح قبيل
تجارة الوصي وسلك الغزالي في التفصيل طريقا اخر فقال ان كان له غرض
في التعجيل اجبر الممتنع على القبول وان لم يكن له غرض سوى البراءة نظر فان
كان للممتنع غرض فلا يجبر وان لم يكن له غرض في الامتناع فقولان فقال

الرافعي فان ذكر هذا عن ثبت فهو منفرد بما نقل والاصح التلبس
الامر عليه وحكم سائر الديون فيما ذكرناه حكم المسلم فيه من غير
المكان الذي استحق تسليمه فيه فان كان لنقله مؤنة لم يجبر على القبول
وان لم يكن لنقله مؤنة كالدراهم والدنانير وما في معناها ففي الاجبار
على القبض القولان المتقدمان فيما اذا اتى بالحق قبل حلول الاجل
فان التفاوت المكاني في الحكم الذي ذكرناه كالتفاوت الزماني صرح به
القاضي الحسين والامام في اواخر الباب وان كان قد جزم بالقول بخلافه
الاجبار في اثناء الباب فرع اذا وضع المسلم فيه بين يدي المسلم
هل يكون قبضا قال القاضي الحسين لا ينبني على ان ذلك هل يحصل به القبض
في بيع العين وفيه وجهان فان قلنا لا يحصل به فهاهنا اولى وان
قلنا انه يحصل فهاهنا وجهان والفرق ان هناك عين ماله اتى بها فاشبه
الغاصب بخلاف ما نحن فيه لانه يريد ان يجعل مالا في نفسه ملكا للمسلم
فاشبه المستقرض اذا اتى بمال القراض ووضعه بين يدي المقرض لا
يخرج من ضمانه اخر اذا قلنا باجبار من له الدين على قبضه فلو
كان غائبا فهل يجب على القاضي قبوله اذا احضر اليه فيه وجهان
من جهة ان من الاعمى في الوديعة اخر اذا ادعى من عليه الدين
ان الدين حال واراد اجبار رب الدين على قبضه فقال بل هو موجل
وكان في صورة لا يجب فيها قبض الموجل فهل القول قول المديون او رب
الدين حكى الروياني في البحر في اخر الضمان ان والده قال يحتمل وجهين
وان اصلهما ما اذا اتفقا على العقد واختلفا في التاجيل قال وان قبض ثم ادعى انه
قد غلط عليه في الكيل او الوزن فهل يقبل قوله فيه وجهان لان الاصل
السلامة من الغلط مع ان الغلط يقع يقبض حقه بالكيل او الوزن
ان يقبضه جميعه والقول الثاني ان القول قول المسلم لان الاصل عدم قبض

الجميع

الجميع وبقاء الحق في ذمة المسلم اليه وهذا الخلاف قد حكى
الشيخ في باب اختلاف المتبايعين مثله فيما اذا باع مسلم عشرة
اقفزة من صبرة وسلمها اليه بالكيل ثم وقع الاختلاف بينهما كما
ذكرناه في كتاب السلم ان كان ما يدعيه قليلا قبل وان كان كثيرا
لم يقبل لانه لا يبخس بالكثير كالقليل كما لو اخذ من العشرة الكثير
كالثلث والربع وحكم الثمن اذا وقع الاختلاف فيه كما ذكرنا وعلى
قبضه بالوزن حكم المسلم فيه صرح به البندنيجي في باب بيع الطعام
وان دفع اليه جزافا فادعى انه انقص من حقه فالقول قوله مع يمينه
صورة المسئلة ان يحضر المسلم اليه المسلم فيه ويقول للمسلم انه قدر
حقه فيقبضه منه من غير كيل او وزن اعتمادا على قوله انه قدر
حقه ثم يتلف ويقع الاختلاف بعده في القبض فاسلك وهكذا الحكم
فيما لو لم يقل له المسلم اليه انه قدر حقه ووجه قبوله الجهل
بمقدار حقه قال البندنيجي والمحاملي في باب بيع الطعام ومعنى قبوله
ان القول قول القابض في قدر نقصانه قليلا كان النقص او كثيرا
لانه لم يعترف بشيء حتى يرجع لموجبه والاصل عدم قبض القدر
الذي ادعاه وهذا هو يعلل بما قاله الشيخ اما اذا كان المقبوض
باقيا واتفقا على اعتباره فان خرج قدر حقه فذاك وان زاد
استرجعنا الفاضل وان نقص كمل له وان اهلك المسلم المقبوض قبل
قبل اعتباره وهل على ملكه ما يستحق انه له فيه وجهان رجحاهما
المحاملي قول ابي اسحق منهما انه يصح وهو الذي صححه المحاملي وقول
ابن ابي هريرة لا وبه جزم الماوردي لحصول القبض المستحق بالعقد
وادعى الرافعي ان الجمهور ساعدوا ابن ابي هريرة لكنه حكى الوجهين
فيما اذا باعه طعاما مكايلة فقبضه جزافا وهلك عند صاحب اليد

الثاني هما في الحاوي حكاية الوجهين فيما لو كان المقبوض بدلا عن
عرض وان الاصح الصحة لان ملك العرض مستقر بخلافه في البيع وقال ان
الشافعي اشار اليه ولا ... وقال الامام عن ... بيع الطعام ان
الخلاف المذكور لا يجري فيما اذا كان الحق في الذمة لان في مسئلة بيع
الطعام جزافا الملك ثبت في معين وفي القبض جرى في المملوك بخلاف
ما في الذمة فانه اذا لم يصح القبض لا يملك المقبوض ولم يسقط حقه
فيه اذا المسلم له حق في العين ومقتضى هذا انه لا بد من تجديد القبض
بعد الكيل او الوزن ان كان المقبوض باقيا وان كان تالفا فلا ...
لعل منهما في ذمة الاخر ولا يجري اقوال التقاص لانه نوع اعتياض
عن المسلم فيه وذلك لا يجوز **تنبيه** الجزاف بكسر الجيم وضمها وفتحها
قال صاحب المحكم وهو الجزافة ايضا قال الجوهري اخذته مجازفة وجزافا
قال وان وجد بما قبض عيبا رده لان الاطلاق يقتضي السلامة من
من عيوب الاعيان وهل ذلك نقض للملك من اصله او من حين الرد فيه وجهان
نقلهما المطهر وفائدتهما فيما لو كان المقبوض جارية في وجوب الاستبراء
قال ويطالب بالبدل لان حقه ثابت في الذمة وهذا اذا لم يرض به
اما اذا رضي به فله امساكه **قال** وان حدث عنده عيب طالب بالارش
كما في البيع قال في التتمة وفيه وجه اخر انه يرده ويرد معه الارش ويطالب
بحقه وطرده فيما لو اطلع على العيب بعد تلفه وقال يرد بدله من مثل
او قيمته ويطالب بالمسلم فيه **قال** وان انكر المسلم اليه وقال الذي سلمت البدل
غيره فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانهما قد اتفقا على جريان القبض المبري
في الظاهر والمسلم يدعي مرجعا على المسلم اليه والاصل عدمه وصار هذا
كما لو احضر المشتري عبدا معيبا ليرده وادعى انه المبيع وانكر البائع
انه المبيع فان القول قوله وفي النهاية حكاية وجه اخر فيما اذا كان السلم ان

فرع

القول قول

القول قول المسلم فانهما اتفقا على اشتغال ذمة المسلم اليه والمسلم
اليه يدعي براءة ذمته والاصل اشتغالها وليس كذلك العبد المعين
فانهما اتفقا على ان المشتري قبض ما اشتراه ثم اختلفا في ان العقد هل
ينفسخ بعد ذلك ام لا والاصل بقاء العقد وهذا موافق لما حكي عن
القاضي ابي الطيب في شرح المولدات والخلاف يجري في الثمن الواقع في
الذمة والمثمن وذكر ابن سريج وجها بان الثاني الثمن انه لو قال البائع
الدراهم التي سلمتها زيوفا او ستوقة فالقول قوله لانه منكر اصل
قبل القبض وان قال هي معيبة فالقول قول المشتري حسب فان اصل
القبض ثابت بدليل انه لو رضي القابض به على ثمنا وجرى عوضا وهذا
ما حكاه الماوردي في فصل باب بيع اللحم باللحم **فرع** لا يجب على المسلم في
الثمر قبوله الا جافا ولا يلزمه قبوله اذا اتى به وقد انتهى الى غاية
الجفاف بحيث لم يبق فيه نداوة لان ذلك نقص واذا اسلم في الرطب
لم يقبل بسرا ولا مذنبا ولا منصفا حتى يكون رطبا كله واذا كان رطبا
لم يقبل مشدخا قال الشافعي ولا مخلفا وهو اذا ذهب من كل رطبة
بعضها بادل او غيره ولا يقبل منه ناشفا قال البندنيجي وليس عليه ان
ياخذ من الحبوب ما اختلط بغيره من جنس اخر ومدر او من فصل او
زوان وكذا من تراب ان كان المسلم فيه بالوزن وان كان بالكيل فيغتفر
فيه من التراب والتبن ما لا يظهر له اثر في المكيال والله اعلم

باب القرض القرض بفتح القاف وكسرها في اللغة القطع ومنه قولهم
للثوب المقروض واطلق على المعنى المراد في هذا الباب لان المقرض يقطع
قطعة من ماله يدفعها الى المقترض ولهذا المعنى سمي المقارض مقارضا
ويقال اقرضته يقرضه واستقرضت منه طلبت منه القرض واقترضت
منه اخذت منه القرض وقد ذكروا انه يطلق على القرض سلفا وهي لغة

السلم

أهل الحجاز والقرض لغة أهل العراق والأصل في مشروعيته القرض ما
روى مسلم عن أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرًا
فوردت عليه إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه
أبو رافع فقال لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا فقال أعطه إياه إن خيار
الناس أحسنهم قضاءً وروى البزار عن ابن عباس قال استسلف
النبي صلى الله عليه وسلم من رجل من الأنصار أربعين صاعًا وأعطاه أربعين
فضلًا وأربعين بسلفه فأعطاه ثمانين وروى إسمعيل بن إبراهيم بن
عبد الله بن أبي ربيعة عن أبيه عن جده قال استقرض مني النبي صلى الله عليه وسلم
أربعين ألفًا ثم أتاه مال فقال ادعوا لي ابن أبي ربيعة فقال هذا مالك
بارك الله لك في مالك وولدك إنما جزاء السلف الحمد والوفا
وأخرجه النسائي بغير هذا اللفظ وروي أنه عليه السلام اقترض
من رجل صاعًا فرد عليه صاعين قال القرض مندوب إليه
لما روى مسلم عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كشف عن مسلم
كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله
في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه والقرض فيه تحصل به تفريج
الكربة وقد روي عن كل من ابن عباس وابن مسعود وأبي الدرداء أنه
قال لأن أقرض مرتين أحب إلي من أن أتصدق مرة وروى البزار عن
ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال قرض مرتين يعدل صدقة
مرة وإنما كان القرض خيرًا من الصدقة لأنه لا يأخذه إلا محتاج إليه
بخلاف الصدقة قال ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم
أي من عين ومنفعة والأصل فيه في الحيوان والدراهم وما يكال
الأحاديث السابقة وفيما عدا ذلك القياس على المنصوص عليه ولأنه
عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة فجاز فيما يملك وينضبط بالصفة

فالسلم

فالسلم ولا يستثنى من ذلك إلا ما سنذكره من الجواري ويشترط
في المقرض أن يكون معلوم القدر والصفة لأنه محتاج إلى رد بدله
فافتقر إلى معرفة ما يرجع به كما في القراض صرح بذلك الشيخ
ههنا وجعله القاضي أبو الطيب والماوردي أصلًا وقاسا عليه
القول باعتبار ذلك في رأس مال السلم ويكفي في القدر الكيل أو
الوزن وإن كان محله وعن القفال أنه لا يجوز أن يقرض ما يكال
مما يجري فيه الربا جزافًا فيكون في التسمية إلا مكيلًا وما يوزن إلا وزنًا وحكاه
الماوردي وجهًا والأول أصح هذا إن كان المقرض عينًا أما إذا كان
دينًا فقيل أن يقول أقرضتك عشرة دراهم وصفتها كذا فقيل إن عين في
المجلس صح وإن عين بعدما فارق المجلس قال في المهذب إن لم يطل
الفصل جاز وإن طال لم يجز حتى يجدد لفظ القرض قال وما لا يثبت
في الذمة بعقد السلم كالجواهر والخبز والحنطة المختلطة بالشعير
لا يجوز قرضه لأن ما كان شرطًا في صحة العقد عليه لا يجوز العقد عليه
عند تعذر الوصف كالمسلم فيه وهذه فائدة ما حكيناه في رأس مال السلم
عن العراقيين وقد صار إلى هذا البصريون من أصحابنا وبه جزم القاضي
الحسين وصاحب التلخيص وحكاه الإمام عن جماهير الأصحاب وذهب
البغداديون من أصحابنا إلى صحة القرض اعتبارًا بالبيعة وبنى القاضي أبو الطيب
وغيره الخلاف على الخلاف الآتي في أن الواجب في رد ما لا مثل له حقيقة
المثل الصوري والقيمة إن قلنا بالأول لم يجز القرض والإجازة وضمنه
بالقيمة وهذا ما جزم به المحاملي في الجواهر وإن أجري الخلاف في أن الواجب
فيما لا مثل له حقيقة رد المثل الصوري أو القيمة وقال في التتمة قيل إنه
الذي صار إليه الشيخ أبو حامد ويلزم هذا القائل من العراقيين أن يفرق بين
هذا وبين رأس مال السلم وله أن يفرق بما ذكرناه عن الإمام ثم إن لم يلاحظ

ما علل به ابو علي اشتراط ذكر الوصف ثم ربما جوز المتولي
جواز اقراض الخبز وحكى وجهين في جواز اقراض الخمير وعلل
ذلك باتفاق اهل الامصار عليه في الاعصار وفيهما على قول الجواز
الوزن وفي الكافي انه يجوز اقراض الخبز وزنا وعددا قال ولا
يجوز ان يقرض الجارية لمن يملك وطيها اي يحل له وطيها في الجملة
لان ملك المستقرض غير مستقر من حيث ان للمقرض ان يسترجعه
وللمستقرض رده والوطء لا يجوز الا في ملك مستقر بامر لا يصير
الانسان مستبيحا للوطء بغير بدل وليس هذا كالاب اذا وهب
جارية لولده فانه يحل له وطيها مع جواز استرجاع الاب لها لان
الملك من جهة الابن لازم وهذا ما نص عليه الشافعي في القديم والجديد
كما صرح به البندنيجي والماوردي ولا يصح ما ذهب اليه المزني من تاويل
كلام الشافعي في جواز قرضهن ان لم يوطأ [illegible] نايبا كما وهم بعض المتاخرين
من اصحابنا انه منصوصان ان في كلها دالة على التحريم وفي الوسيط ان
للشافعي في ذلك قولين منصوصين وان القياس الجواز كما في العبيد وهكذا
راى الامام ونسب بعضهم الخلاف على ان المال المقرض بماذا يملك فان قلنا
بالقبض جاز والا فلا [illegible] اثبات اليد على الاجنبية من خوف الوقوع في
الوطء وهذا ما حكاه الامام عن الاكثرين وعكس الشيخ ابو علي ذلك
فقال ان قلنا يملك بالقبض فلا يجوز لما ذكرناه وان قلنا لا يملك به
فيجوز لان الوطء يخرج عن ان يكون في تصور الاباحة قال ويجوز لمن
لا يملك وطيها بغير كالاخت من النسب او الرضاع ومن هي محرمة عليه
تحريما مؤبدا لان المحذور فيها منتف فاشبه قرض العبد هذا ما
ادعى الرافعي والغزالي نفي الخلاف فيه ونسبه الماوردي الى البغداديين
وحكى وجها هو قول البصريين من اصحابنا انه لا يجوز قرضها ايضا وطرده

القرض

قوله

او اقرض المراة الجارية قال ويملك المال عنه بالقبض المقرض لا بد
فيه من الايجاب والقبول عند العراقيين وصاحب التهذيب
لانه تمليك كالبيع والهبة وينعقد بالكتابة من حال الغيبة على وجه
وحكى الغزالي وجها ان القبول لا يشترط في الحضور لانه اذن في
الاتلاف بشرط الضمان وادعى الامام انه الاظهر وحكى المتولي ان
الايجاب والقبول ليس بشرط بل اذا قال اقرضني كذا او ارسل اليه
رسولا فبعث اليه المال صح القرض وثبت حكمه وهكذا لو قال رب
المال اقرضتك هذه الدراهم وسلمها اليه فقبضها ثبت القرض والذي
اورده المعظم الاول وصيغة الايجاب ان يقول اقرضتك او اسلفتك
او ملكتك على ان ترد علي بدله فلو قال ملكتك على ان ترد بدله على
ولو قال ملكتك ولم يذكر البدل فهو هبة وفي التتمة انه اذا
قال خذ هذه الدراهم وتصرف فيها لنفسك او قال خذ هذا الطعام
وازرعه لنفسك هل تجعل قرضا ام لا فيه وجهان وجه المنع ان ارتفاق
الغير بملكه قد يكون على سبيل القرض وقد يكون على سبيل الهبة
واللفظ يحتملهما فلا ينقطع حقه عن ملكه الا بيقين وقد بنى الامام
هذا الخلاف ترددا عن القفال على ما حكاه في باب بيع الطعام وقريب
من هذا الخلاف ما حكاه الغزالي في كتاب القراض فيما اذا قال اشتر لي
هذا الثوب بعشرة مثلا فانه هل يصح الامر فيه وجهان واذا صح
فهل يقدر انتقال الفرس الى الامر بطريق القرض او الهبة فيه وجهان
اذا تقرر ذلك فمتى يملك المال فيه بعد صدور العقد فيه قولان مستخرجان(?)
من كلام الشافعي احدهما قال الشيخ انه يملك بالقبض وهو الصحيح لانه
اذ ليس هو بنائب عن المالك ولا ولي عليه ولان الملك يحصل في الهبة
للولد بالقبض ففي القرض اولى لان للعوض مدخلا فيه قال وقيل لا يملك

فعلى هذا يجوز التصرف في المنافع الموصى [illegible]
[illegible] العين المستوفى منها

الا بالتصرف لانه لما كان للمقرض قبل التصرف رد بعينه على
المقرض وللمقرض استرجاعه دل على انه ملكه ولانه ازاله ملك
بعوض من جهته ان لا يزول الا بتسليم العوض وما دام عين المال
في يده لم يستقر البدل في ذمته وانما يستقر بازالة اليد وهذا ما
اختاره في المرشد التصريح ان قلنا انه يملك بالقبض فهل للمقرض ان
يرجع فيه ما دام باقيا في يد المستقرض بحاله فيه وجهان احدهما لا
صيانة لملكه وله ان يؤدي حقه من موضع اخر وهذا ما حكاه
البندنيجي والبغوي والظهر منهما عند الاكثرين وبه اجاب الماوردي ان
له ذلك لانه يملك مطالبته بالبدل جبرا الحقه فلان يملك المطالبة
بما هو عين حقه فعلى هذا لو زال ملكه ثم عاد فهل يثبت
له الرجوع في عينه او بدله فيه وجهان في الحاوي وان قلنا انه يملكه
بالتصرف فمعناه انه اذا تصرف تبين ثبوت الملك قبيله وفي الوسيط
حكايه وجه اخر انا نتبين دخوله في ملكه حال القرض وهذا ما حكاه
القاضي ابو الطيب عن شرح التلخيص من ان الملك في القرض موقوف ان
ان رجع فيه المقرض تبين انه لم يكن مستقرا او سلمه المقترض
متبين انه كان مستقرا وعلى القولين يتخرج وجوب النفقه على المقرض
فان قلنا يملك بالقبض اما ناجزا واما تبيينا كانت على المقترض وان قلنا
بالتصرف فهي على المقرض ثم ما التصرف الذي يملك به فيه وجوه ثلاثة
اظهرها انه كل تصرف يزيل الملك والثاني كل تصرف يتعلق بالرقبة والثالث
كل تصرف يستدعي الملك فعلى الوجوه يكفي البيع والهبة والاعتاق والاتلاف
ولا يكفي التزويج والرهن والاجارة وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة
على الوجه الاول ويكفي سلطان التزويج والاجارة على ما حكاه في التهذيب
ويكفي ما سوى الاجارة على الثاني قلت ويتجه ان يكون ذلك في الاجارة

بناعل

بناعلى ان موردها المنفعة / ان الرهن يجوز ان يكون في
المستعار وعن الشيخ ابي محمد عبارة اخرى وهي ان التصرف الذي
يملك به القرض هو التصرف الذي يقطع رجوع الواهب والبائع
عند افلاس المشتري وهذا يقتضي ان التزويج وذبح الشاة
ونحو ذلك والاجارة على قول لا يفيد الملك وعلى الاول هل ينقل
نقل الملك البيع بشرط الخيار ان قلنا لا يزيل الملك فلا وان قلنا
يزيله فوجهان ولو استقرض من يعتق عليه عتق عليه اذا
قبضه على القول بانه يملك به والاظهر لعتق حكاه في المرشد
والرافعي وقال صاحب التهذيب يجوز ان يقال يعتق ويحكم بالملك قبله
قلت وهذا ما حكاه في التتمه وقال وجها واحدا لانه لو كان عبدا
اجنبيا واعتقه نفذ وكل سبب يفيد اعتبار عتق الاجنبي يفيد عتق
القريب قال ويجوز ان يشرط فيه الرهن والضمين / ان ذلك ليس بزيادة
في البدل وانما هو استيثاق للعقد المستحق وهو من مصلحة العاقدين وقد
استدل بعضهم على الجواز بان النبي صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهون عند
ابي الشحم اليهودي على شعير اخذه لاهله وقاس الضمان عليه بجامع
اشتراكهما في التوثقه وهذا لا دلالة فيه على المدعي الا ان يكون الرهن وقع
بالشرط حال العقد ولا ريب في ذلك ويجوز ان يكون المال المقرض من ذوات
الامثال او من ذوات القيم ولا بد ان يقول انه يملك بالقبض او بالتصرف
ولا بد ان يكون القيمة او المثل معلوما لهما او مجهولا اذا قلنا انه لا
بد من ذكره بعد جريان القرض من الايجاب والقبول في عقد الرهن
كما سنذكره في باب الرهن وحينئذ يشترط العلم بقدر ما يرهن به
او يضمن وهل يصح الرفا بالشرط بعد القبض وقبل التصرف ينظر
ان قلنا انه يملك به صح وكذا ان قلنا انه لا يملك الا بالتصرف وكان
المقرض من ذوات الامثال او من ذوات القيم وقلنا ان الواجب فيه

ان ذلك معلوم وسياتي
المثل الصوري او القيمة وقت القبض
في ضمان الرهن حكاه عن الامام ان الرهن يعمل المسمى في زمن
الخيار اذا قلنا ان البايع املكه لا يصح على الظاهر لو فرعه
على ثبوت الملك ولا شك ان هذا اجرى ها هنا اذا قلنا لا
ملك الا بالتصرف وحكي في الضمان ايضا ان البندنيجي وغيره
مصرحون بان الضمان لا يصح الا فيما يصح الرهن به الا في مسئلة
ضمان الدرك على النص والاول بعضيه ايراد الرافعي فانه قال
لو قال اقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك فقال استقرضتها
وارتهنته فوجهان اصحهما وهو ظاهر نصه صحته اما اذا قلنا لا يملك الا
بالتصرف والواجب رد القيمة اكثر ما كانت من حين القبض الى حين الملك فلا
يصح لجهالة قدر الدين وعلى هذا لا يظهر لاشتراط الرهن معنى اذا قلنا
ان التصرف الناقل للملك هو ما يزيل الملك اذا اشترط الرهن والضمين لا يوجب
اجبار المشارط على الوفا به بل يثبت الخيار في فسخ العقد عند عدم الوفاء
بالشرط والرجوع الى العين وبعد زوال الملك لا يمكن ذلك **فرع** قال الماوردي
اذا قال رجل لاخر اقرض زيدا مائة درهم وانا لها ضامن فهو جائز واذا
اقرض زيدا لزمه الضمان وحكى الرافعي في باب الضمان عن الروياني ان المذهب
انه لا يجوز وعن ابن سريج تخريجه على القديم **قال** ولا يجوز شرط الاجل فيه لانه
عقد يمتنع التفاضل فيه فيمتنع من دخول الاجل فيه لانه يقتضي جواز العوض
كالصرف قال الماوردي وكان بعض اصحابنا يغلط فيقول هذا لجواز القرض موجلا
متمسكا فيه بسوال ان معي دينار الفلس وان وجد الحاكم من يسلفه المال
حالا لم يجعله امانة فان طلب هذا الكلام جواز القرض موجلا وقال المحلي
واتفق الاصحاب على تخطئته قال الاصحاب ونصر الحال بوجه فيما اذا
اوصى من له الحق ان لا يطالبه الا بعد شهر مثلا كما حكاه المتولي
ومانح

وسمعت بعض

صح

وسمعت من بعض مشايخنا انه يتاجل بالنذر ايضا وعلى المذهب
الصحيح اذا اشترط الاجل من وقت بغير غرض فهو فاسد كما اذا اشترط
جر منفعة كذا حكاه في الوسيط وحكى في البسيط وجها اخر انه يصح ووجهه
بان الاجل يؤخر المطالبة وهو يسقط في حقه فلا نظر الى تواردا الاحوال
وان لم يكن من وقت بغير غرض فلا اثر له وفي الحاوي حكاية وجهين من غير
تفصيل احدهما ان ذلك يبطل القرض لاشتراطه ما ينافيه والثاني وهو قول
ابن ابي هريرة ان القرض صحيح وهو ما جزم به المتولي لانه وعد وهو
لا يلزم لكن المستحب الوفا به وهذا فيما اذا اجل القرض الحال بعد لزومه
لا يتاجل ولكن المستحب الوفا بالوعد **قال** ولا يجوز شرط جر منفعة مثل ان
يقول اقرضتك الفا على ان تبيعني دارك بكذا او يرد على اكثر منه مالي او
تكتب لي به سفتجة اي كتابا لوكيله او نايبه في بلد اخر ليدفع اليه بدله فيوفر
عليه مؤنة الحمل ويحصل له الامن من خطر الطريق والدليل على منع ذلك ما
روي عنه عليه السلام انه نهى عن قرض جر منفعة وروي انه عليه السلام قال كل
قرض جر منفعة فهو ربا وعلى هذا لا يملك المستقرض المال ولا يجوز له
التصرف فيه قاله المتولي وفي البيان نقل وجه انه لا يفسد بذلك ومحل
شرط الزيادة في البدل الفاسد اذا كان مما يجري فيه الربا اما ما لا ربا فيه
فلا يفسد بشرطها فيه ولذلك شرط رد الاجود به وهذا قول ابن ابي هريرة
وان جاعلا المروزي ووجهه الماوردي بانه لما جاز مثل هذا في البيع
ولم يجز مثله في القرض لخروج هذا العقد عن حكم القرض الى البيع لطلب
المعنى وهذا ليس بشي لعموم الخبر ولو اخل البيع في الصورة
الاولى ما حكمه كما ذكرناه فيما اذا قال بعتك هذا العبد بعشرة
على ان تبيعني دارك بمائة **قال** فان بداه المستقرض بذلك من غير
شرط جاز لحديث ابي رافع والخبر المذكور معه وهذا اذا لم يكن عادة من

عا
العرض

[illegible]

المستقرض برد زيادة اما اذا كان من عادته ذلك فمنهم من جعل ذلك
كالشرط ومنهم من منع من ذلك من الروايات والمذهب الاول ولكن
هل يكون له الاخذ امر لا فيه وجهان ولو قال اقرضتك على ان ترهن
به ولا لالف القديم هذا الرهن فقد حكى الامام فيه ترددا بناء على
ان القبول من المستقرض غير معتبر والاصح اعتباره وفساد القرض
كما لو صدر الشرط من المقترض حكى ذلك الرافعي في كتاب الرهن ولو شرط
ان ينقصه من البدل فالشرط ايضا باطل وفي بطلان القرض وجهان
كالاجل ولو اقرضه بشرط ان يقرضه شيئا اخر صح على الاصح وفيه وجه
انه كالبيع بشرط الاقراض فيكون باطلا **قال** ويجب رد المثل فيما له مثل
لانه اقرب الى حقه وفيما لا مثل له اي حقيقة كالثياب والجواري
والحيوان قيل يرد القيمة كما لو اتلفه وهذا ما اختاره الشيخ ابو حامد
وهو القياس فعلى هذا يعتبر قيمته يوم القبض ان قلنا انه يملك بالقبض وان
قلنا انه يملك بالتصرف فالاكثر من وقت القبض الى وقت التصرف وفيه وجه ان
الاعتبار بوقت القبض وهذا الوجه يظهر لي ان يكون ماخذه ما ذكرناه
في انه اذا تصرف تبينا ملكه من حين القبض والاول مبني على انا نتبين
ملكه قبل التصرف ويمكن ان يكون صاحب هذا الوجه وجهه فيما اذا تلف
القرض في يده قبل التصرف المحصل للملك اعني ان يكون ماخذه ما
ذكرته ويمكن تخريجه على انه لا يملك الا بالتصرف ووجه ثالث انه
لا يضمن الا قيمته وقت التصرف الناقل للملك ويجعل التصرف كالاتلاف
لمعلمه وقد حكى الامام فيه هذا الوجه عند الكلام في ضمان البيع
الفاسد حيث قال والاقوال تجري فيما لو طرأ ضمانا من غير تعد ولا
تصرف من غصب وفي جملة الاقوال ما ذكرناه **قال** وقيل يرد المثل
اي في الصورة لحديث ابي رافع وهذا ما صححه القاضيان الماوردي

وابو الطيب

وابو الطيب والبغوي والاكثرون ثم لو اختلفا في صفة المثل او في
قدر القيمة فالقول قول المستقرض صرح به الرافعي وغيره وهذا الاختلاف
على ان ذكر القدر والقيمة في الابدال ليس بشرط فان ذلك قد يشكل
منع الاختلاف بعده **فرع** اذا جوزنا اقراض الخبز وقلنا الواجب فيه
رد القيمة فشرط فيه رد المثل ففي جوازه وجهان **قال** وان اخذ عن القرض
اي عن بدل القرض عوضا جاز لان ملكه عليه تام فجاز له اخذ العوض عنه
كالعين المغصوبة في يد الغير وخالف المسلم فيه فانه غير مستقر لانه
يجوز ان يلحقه فسخ او انفساخ وليس بدل القرض كذلك وشرط في صحة
ذلك قبض العوض في المجلس ان كان ربويا او كان مما لا يجوز فيه التفرق
قبل التقابض فان ورد على الذمة فلا بد من قبض العوض في المجلس لان
ذلك معنى الكالي بالكالي وحكى القاضي الحسين في هذه الصورة وجها
انه لا يصح وان اتصل به القبض في المجلس وان ورد على العين ففي
اشتراط القبض وجهان اختيار الشيخ ابي حامد وابي اسحق وجماعة
من الاصحاب وهو ظاهر النص في المختصر انه لا بد منه ومقابله نسبه
الماوردي الى ابن سريج وحكى من الفروع المولدة في احكام الربا انه ظاهر
المذهب وهو اختيار الامام وصاحب التهذيب كما لو باع دراهم
في الذمة وكلام الشيخ يشير الى ترجيح ما ذهب اليه ابو حامد حيث ذكر
لفظ الاخذ الذي هو حقيقة في القبض وعدل به عن لفظ العوض وقد
صرح بذلك في كتاب الصلح وفرق القاضي ابو الطيب بين هذا وبين ما اذا
باع ثوبا في الذمة في كتاب السلم بفرقين احدهما ان الثمن والمثمن في
مسئلتنا يصيران في ضمان واحد وهذا لا يجوز وهنا مخرج عليه ما
اذا اشترى ثوبا بثمن في الذمة فقبضه فان الثمن والمثمن في
ضمان واحد وهو المشتري ومع هذا فلا يكون مانعا من الصحة لكن

لم يكن

هذا جوابه ان المراد بضمان المعين انه لو تلف انفسخ العقد
وهذا لا يتجه فيما اذا اقبض المشترى المبيع فان به يستقر العقد
الفرق الثاني ان المبيع هاهنا دين والمسح اذا كان دينا اعتبر
فيه قبض الثمن في المجلس كما في السلم وفرق المتولى بينهما بانه لم
يسبق في بيع الثوب بالدراهم في الذمة حكم الدينية وانما اجب دينا
في الوقت وهاهنا الدين ثابت قبل العقد وعلى قبض العين في
المجلس ملحق بالدين في نظر الشرع الا ترى انه لو اخر قبض احد
البدلين في الصرف عن المجلس بطل العقد كما لو باع نسيئة فاعتبر
قبض العين في المجلس حتى لا يصير في حكم بيع الدين بالدين هذا مشهور
المذهب وفي الوسيط ان الموضع اذا استبدل عن القرض عينا وقبض في
المجلس جاز وان استبدل دينا لم يجز لانه ينطبق على بيع الكالي
بالكالي وهو منهي عنه والكالي هو الدين وان استبدل عينا ولم
يقبض في المجلس فان جوزنا بيع الدين كما اخذ لاشتراط القبض وان
لم يجوز فلا بد من القبض قال الامام عن شيخه لان نجوز البيع مثله
لاجل معنى الاستيفا والاستيفا لا يتعدى المجلس مـا ذكره
الغزالي مذ نفهم منع بيع الدين بالدين وان قبض في المجلس لانه منه
فصل في الاستبدال العين بين ما قبل القبض وبعده والطلق القول
بعدم الجواز في الاستبدال بالدين ويقتضي ان الاظهر الاصح عنده ايضا
لشرط قبض العوض في المجلس لانه بناه على جواز بيعه من الاجنبي
والاصح عنده عدم الصحة وذلك يخالف ما حكاه في باب الصلح
حيث قال لو صالح عن دين بدين او صالح عن دين اخر ولا بد
من التسليم في المجلس فانه بيع الكالي بالكالي وان صالح عن عين وسلم
في المجلس صح وان لم يسلم فوجهان الاظهر الصحة لانه عين وفيه

وجه

وفيه وجه انه يجري في لفظ البيع والجواب عن الاول ما ذكره
في البيع مصورا بما اذا باع الدين الذي له على زيد مثلا لزيد بالدين
الذي لزيد على عمرو مثلا وذلك حقيقة بيع الكالي بالكالي وقد اشار
الى ذلك الماوردي في احكام الربا والمذكور في الصلح مصورا بما اذا
باع الدين الذي له على زيد له بدين انشاه في ذمة زيد عوضا عن الاول
نعم حكى الرافعي في هذه الصورة وجها انه لا يصح وان قبض في المجلس
اذا لم يوقد حكاه عن القاضي عن القاصي من قبل ووجها انه يصح وان
لم يقبض في المجلس اذا لم يكن المصالح عليه مما يوافق المصالح به في علة الربا
وعينه في المجلس وانه اصح وفي النهاية في كتاب السلم انه لو استحق على رجل
دينا مستقرا لم اعتاض عنه دراهم موصوفة في الذمة ثم عجلها في
المجلس صح وان لم يعجلها وقد كان الدين نقدا لم يجز وان كان عوضا ففي
المسئلة خلاف علناه في البيع وقد انتظم بمجموع ما حكيناه عند
الاختصار ان الرافعي والامام حكياه على ما حكاه الغزالي من
التعيين في المجلس انه ان استبدل عينا وقبض في المجلس جاز والا
فوجهان اصحهما الصحة وعند الشيخ ابي حامد ومن تابعه عليها وان
استبدل دينا لم يجز على وجه وعلى وجه يجوز اذا قبض في المجلس وان
لم يقبض ولا عين العوض في المجلس بالشرط المذكور وحكم الدين
بسبب الاتلاف وارش الجناية حكم بدل القرض وهل يجوز اخذ العوض
عن القرض من غير من هو عليه فيه وجهان يحكيان في الحاوي عن
تخريج ابن ابي هريرة وفي التتمة في باب الصلح انهما قولان ويقرب من
قوله ما حكيناه في باب ما يتم به البيع ان الشافعي نص على جواز بيعه
وهبته وان بعض الاصحاب خالفه وحكى في المهذب الاظهر من
الوجهين الجواز وفي الوسيط لعل الاصح والعراقيين المنع وهو الذي

وعلى وجه يجوز اذا اعين في المجلس
وان لم يقبض العوض ولا عين العوض
عن ابن الصباغ

منه

ايضا

فصحح الرافعي والمتولي في كتاب الرهن والصلح وجعله البغوي
المذهب وحكى الامام في كتاب الصلح عن بعضهم القطع به وهو ما
حكاه القاضي الحسين فيه والمحاملي وقال الغزالي والمنع ليس ماخوذا
من علة القبض ولكنه من ضعف الملك وهو عدم التعيين ووجهه
الامام بانه ليس ملكا محققا ولهذا لا يصح رهنه والمتولي بان
الدين ليس بمال في الحقيقة وانما هو حق مطالبة يصير مالا في ثاني
الحال والشرط في البيع ان يكون العوض مالا ورد الا ان ما اخذ عن هو
عليه عوضا لان ذلك بدل ما في مقابله اسقاط كما لو صالح عن
القصاص على مال او قال اعتق عبدك على الف وعلى الاول قال ابن الصباغ
في آخر كتاب الصلح فعلى هذا رضا من عليه الدين لانه لا يحتاج الى القبض
فيه لان الرافعي نقل ذلك في كتاب الشروط والحوالة فقال فاذا انكر
من عليه الحق او جحد لم يرجع بالاول وقال غيره لا بد من ان تقبض
مشتري الدين الدين في المجلس او بعد العوض في المجلس حتى لو
تفرقا قبل قبض احدهما بطل كما حكاه البغوي والرافعي وان يكون
ما اشترى به الدين عينا فلو كان دينا لم يجز بلا خلاف كما قال الامام
وفي المجموع للمحاملي قبيل باب المصراة اعتبار قبض العوض والسلوب
عن الدين اما جواز اخذ البدل عن عين القرض اذا كان المقبوض في يد
المستقرض فمن جوانخذ الشامل انه لا يجوز اخذ عوضه لانه
قبل ان ملكه عن العين اي اذا قلنا انه يملك بالقبض قال اما اذا
قلنا انه لا يملك الا بالتصرف فعن بعض اصحابنا لا يجوز اخذ
بدله للقرض فانه وان كان ملكه باقيا الا انه قد ضعف بتسليط
المستقرض هذا اخر كلامه وفي الرافعي ما يفهم حكايته هذا عن
الشامل فيما اذا اراد اخذ العوض عن البدل الثابت في الذمة فكلامه

لا يقتضي

لا يقتضي الا ما ذكرناه فليتامل وكان ينبغي ترجيحه البحث ان
يقال اذا قلنا انه ملك بالقبض فاما ان يقول ان المقرض اذا اصبح
القرض واراد الرجوع الى عين مال القرض فله ذلك ام لا فان قلنا ليس
له اخذ المال المعوض بل الخيرة الى المقترض والحكم ما قاله ابن الصباغ
بلا نزاع وان قلنا ان العين يرجع الى المقرض فينبغي ان يخرج على ما اذا
باع الاب ما وهبه لابنه وفيه بلا ارجحه احدهما صحة البيع فانه يتضمن
الرجوع وهو ما صححه الغزالي في فتاويه والثاني لا يصح البيع والملك
للابن والثالث يحصل رجوعا ولا يصح البيع واذا لا فرق بينهما **قال** وان
اقرضه طعاما ببلد ثم لقيه ببلد اخر فطالبه به لم يلزمه دفعه
اليه لان قيمة الطعام تختلف فمن هذا يظهر ان قيمة الطعام لو
كانت في البلدين سوا انه يلزمه كما صرح به ابن الصباغ قال ولو
احضره اليه المستقرض لم يلزم المقرض القبول لان في حمله عليه مونه
فان لم يكن في حمله مونه لقلته او قرب ما بين البلدين اتجه ان
يخرج على الوجهين فيما لو احضر المسلم اليه المسلم فيه في غير المكان
المشروط وقد نقلهما **قال** وان طالبه بالعوض عنه لزمه
دفعه لانه في البلد الذي اجتمعا فيه كالمعدوم ولو كان مثل
الطعام الذي اقرضه اياه معدوما كان له المطالبة بالقيمة
فكذلك هاهنا وهذا ما علل به القاضي ابو الطيب وكلامهم
يقتضي ان ذلك معاوضة حتى يبرا ذمة المستقرض من القرض كما
اذا عدم مثل الطعام المغصوب وهو غصبه فطالبه حتى اذا
لقيه في بلد القرض لا على رد العوض ومطالبته بالطعام
وكذلك ليس للاخر رد الطعام والمطالبة بالمغصوب كما اذا
اخذ الدراهم للحيلولة ووسيلة ابن حتى مع غيره من العراقيين

وصاحب المهذب في نظير المسألة في المسلم انه لا يجوز
اخذ البدل لانه بيع المسلم فيه قبل القبض وكذلك الغزالي
على الكلام فيما اذا ابرا الوكيل في السلم المسلم اليه من
المسلم فيه في باب الوكالة في الوسيط وبسطه في الغصب
المحول صاحب التقريب وغيره عن ابن سريج ان اخذ القيمة يكون
للحيلولة فقط حتى ينفسخ معه استحقاق الحق ويلزمه دفع الطعام
اليه في بلد القرض ويوافقه ما حكاه الغزالي وامامه في باب السلم
حيث قالا لا يجوز اخذ القيمة من المسلم اليه للحيلولة وان ابدى الغزالي
ذلك في باب الغصب احتمالا وقد حكى الرافعي ان المستقرض هل
يملك المطالبة بالمقبوض والمقرض بالطعام في بلد القرض وجهين
وهما ماخوذان من اختلاف الناقلين في القيمة الماخوذة لتعذر بلد
القرض ان لم ينقل القرض الى موضع اخر او نقله وقلنا انه ملك
بالقبض اما اذا قلنا انه لا يملك الا بالتصرف فيجب قيمته في الموضع الذي
ملك فيه **قال** وان اقرضه دراهم في بلد ثم لقيه ببلد اخر فطالبه
بها لزمه دفعها اليه لان القيمة في ذلك لا تختلف فاشبه الصرف
حال الامام وهكذا اذا كان المقرض من النقود التي لا يعسر في
نقلها ولا تتفاوت قيمتها بتفاوت البقاع اما اذا كانت مما
يعسر نقلها وتختلف قيمتها فلا يطالبه بغير بلد الاقراض وحكى
الجيلي في الصورة الاولى وجها انه لا يلزمه الدفع وقد اشار اليه الامام
بقوله لزمه الدفع على ظاهر المذهب

كتاب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت ومنه الحالة الراهنة اي الثابتة وقال
الماوردي الاحتباس ومنه قوله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي
محتبسة وفي الشرع جعل عين المال وثيقة بدين يستوفى منها

عند

عند تعذر استيفائه ممن هو عليه وجمع الرهن رهان كحبل
وحبال ويقال رهن بضم الهاء قاله الاكثرون جمع رهان قال ابو عمرو
ابن العلا جمع رهن كسقف وسقف ويقال رهنت الشيء وارهنته
والاول افصح واشهر ومنهم من منع الثانية ويقال رهنته الشيء
وارهنته اياه والراهن دافع الرهن والمرتهن اخذه والشيء رهن
ومرهون والانثى رهينة والاصل فيه قوله تعالى فرهن مقبوضة
وقرئ فرهان وفي تاويل هذه القراءة وجهان احدهما انه جمع رهن
والثاني مستعمل في السبق والنضال وقوله فرهن مستعمل في الاحكام لا
وهو مفعل اقيم مقام الامر فان الشرط والجزاء لا يعقلان
الا على الافعال فجرى مجرى الامر كقوله فتحرير رقبة وقوله فضرب الرقاب
وقوله فعدة من ايام اخر اي فحرروا واضربوا واقضوا
وصوموا ومن السنة ما روى الشافعي عن عبد العزيز بن محمد عن جعفر
ابن محمد عن ابيه قال رهن النبي صلى الله عليه وسلم درعه عند ابي الشحم
اليهودي وهذا مرسل لكن روي مسندا عن عمر وعن ابن عباس و الاسود
عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه عند يهودي واخذ منه شعيرا
لاهله ويقال انه عليه السلام عدل عن الصحابة مخافة ان يحابوه قال
الماوردي واختلف الناس هل مات النبي صلى الله عليه وسلم قبل فكاك درعه
فقال قوم افتكه قبل موته لانه عليه السلام قال نفس المؤمن معلقة
بدينه الى ان يقضى وهذه صفة ينتفي عنه صلى الله عليه وسلم وقال الاخرون
وهو الصحيح انه مات لرواية عكرمة عن ابن عباس قال توفي النبي صلى الله عليه وسلم
ودرعه مرهونة عند رجل من اليهود بثلاثين صاعا من شعير فعلى هذا
يكون قوله نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى محمولا على من مات ولم
يترك وفاء وقد اجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة **قال** لا يصح

قبل فكاكه

الرهن الامن مطلق التصرف عنا اي في العين المرهونة لانه
عقد على مال فلم يجز من غير مطلق التصرف كالبيع وهذا يشمل
الولي وغيره ان الولي يصح تصرفه بالرهن حيث يكون فيه غبطة
للمولى عليه كما سنذكره وحيث لا يكون مصلحة فلا لانه غير مطلق
التصرف فيها لانه مامور له بالحظ والمصلحة قال ولا يصح على
دين لم يجب ولم يوجد سبب وجوبه مثل ان يرهنه على ما يقرضه
غدا اي على ثمن ما يشتريه منه لانه وثيقة فلا يمكن ان يستوثق بها
مع الحق على تصح قبل ثبوت الحق كالشهادة وفي النهاية ان الرهن
يجاري الضمان في الوفاق والخلاف في القديم والجديد كما سنذكره
لكن الضمان ادخل في باب الضمان العهدة فان الرهن ينفصل عن الضمان
في ظاهر المذهب ويجري وجه مطرد للقفال من تنزيل الرهن منزلة الضمان
وتبيينها في باب الضمان حكاية عن القديم ان ضمان ما لم يجب ولم يوجد سبب
وجوبه صحيح وكذا ضمان المجهول اذا امكن بعد ذلك الاحاطة به بان قال
ما بعت من فلان فانا ضامن لثمنه اما اذا لم يمكن الاحاطة به كما اذا
كان عند شخص ديون فقال لشخص ضمنت لك منها شيئا لم يصح فانه ليس
متعلقا بضبط وفي الرافعي ان القاضي ابن كج حكى وجها في صحة الرهن
في مسألة الكتاب اذا اعتمد ما شرط وانه من الاصحاب من قال اذا
ارتهنا الثمن بالثمن لم يستقر فاحتمل الرهن فيحصل للثاني كل من
المسلمين بلا مقالات فان فرعنا على ما حكاه الامام فلو زاد
الراهن ذلك الرهن قبل الاستقراض او البيع فهل له ذلك يجري فيه ما حكاه
في الضمان بمقتضى افتراضه اولا والمحكي في الضمان عن ابن سريج ان له
ذلك وقال الامام وقد حكاه القول بجواز فسخ الضمان مخالفون وقالوا
الضامن وان كان لا يطالب قبل الوجوب ولا يتمكن من قطع الضمان وان

فرعنا

على المذهب الجديد وهو عدم الصحة فاذا وجدنا الرهن واقبضه
كان ماخوذا على جهة سوم الرهن فاذا استقرض او اشترى
بعد ذلك لم يصر رهنا الا بعقد جديد وفيه وجه انه يصير رهنا
ويستوي فيما ذكرناه ما اذا سبق وجوب الدين على الرهن وما
اذا قارنه على ظاهر النص وهو الصحيح وبه جزم الماوردي وصورته
ان يقول اقرضتك هذه الدراهم او بعتك هذا بكذا بعشرة بمثل الثمن
ورهنته او بعتك هذا العبد بالف وارتهنت هذا الثوب به
فيقول المشتري اشتريت ورهنت ووجهه ان شرط الرهن في القرض والبيع
جائز فالحاجة الى التوثق مزج بها وقال ابو اسحق العباسي ان الرهن
فاسد لان احد شقي الرهن مقدم على ثبوت الدين فبطل كما لو قال العبد
كاتبتك وبعتك هذا قيل الكتابة والبيع فان البيع لا يصح لما ذكرناه
واجيب عن ذلك بان سلم الحكم فيه يفرق من وجهين احدهما ان العبد لا يصير اهلا
للمعاملة مع مولاه حتى يتم الكتابة والثاني ان الرهن من مصالح القرض
والبيع وليس البيع من مصالح الكتابة اما اذا وجد سبب وجوب الدين
وتخلف عنه الوجوب اما العقد شرطا او لوجود مانع ففي صحته قولان احدهما
حكاهما الامام في صحة ضمانه بناء على الجديد بمعنى ما حكاه الامام والسد
من رحم الضمان دما وكذا جاز في الرهن مثله ولذلك الصور منها
نفقة الزوجة على الزمن المستقبل فان النكاح سبب وجوبها وهو قد وجد
وقال الماوردي ان فرعنا على القديم جاز ضمان النفقة وهل يجوز اخذ
الرهن عليها فيه وجهان قياس وجه المنع على الدرك ومنها اذا ضمن
شخص عن شخص دينا وصيره يرجع عليه به اذا غرم فقبل ان يغرم
للاصحاب خلاف في ان الضامن هل يملك اخذ الرهن من المضمون عليه او لا
ليس له ذلك نعم حكى الامام في صحة ضمانه القولان وهما يجريان في الرهن

مقتضى ما تقرر ومنها الجعل في الجعالة حكى الامام عن نسخة في
كتاب الضمان انه يلحق ضمانه قبل المجعول له بضمان ما لم يجب وجرى
سبب وجوبه وقيل ان الجعل يصير الى الوجوب عند خروض العمل وهو غير
واجب قبله وان طوائف من اصحابنا منعوا ضمان الجعل في الجديد
وان جوزوا ضمان ما جرى سبب وجوبه ثم قال وهذا متجه عندي من
ان يعقد العقد في النكاح وان لم يكن واجبا في الحال فسببه العقد النكاح
وهو لازم في الحال فكانا في قول الجواز يصح ما يتخرج من وجود السبب
مقام وجود المسبب والجعل قبل العمل غير واجب والجعالة في
نفسها على الجواز فكيف يتحقق وجود سبب وان ثبت مقتضى كلام
الامام جريان مثل هذا في الرهن وعلى ذلك جرى الرافعي وحكى
ان الصحيح من الوجهين عدم الصحة وقال الماوردي انه المنصوص
عليه وصور السبكي محل الخلاف بما اذا قال من جا بعبدي فله
دينار فقال له رجل اعطني به رهنا وانا اتيك به والنقل الحسن
والرافعي بما اذا شرع في العمل وقبل تمامه فانه لا يثبت الجعل قبل
المشروع بحال والامر محتمل لذلك وليس [illegible] ولنا
ان يبني الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في
العمل ونقول ان لم يجوز الرجوع بعد لزوم الجعل من قبله فيصح الرهن
به وان جوزناه لم يصح الرهن به انتهى وهذا الامام في باب الضمان
والرهن اقرب الى كلام السبكي وهو الذي صرح به في المطلب حيث
قال قبل العمل قال والاصح الالحاق لانه ثمن المبيع اي بعد قبضه
او قبله ودين السلم اي من عين ومنفعة وارش الجناية او نحو ذلك
اللزوم ثمن المبيع في شرط الخيار لعموم قوله تعالى اذا تداينتم بدين
الى اجل مسمى الاية وهو معقبضة ولما تقدم من انه عليه السلام رهن.

درعه عند اليهودي على ثمن طعام لاهله كما رواه البخاري
واعلم ان كلام الشيخ في ثمن المبيع يدل على انه فلعله مفرع على الصحيح
في انتقال الملك فانه اثبت الملك فيه وجعله غير لازم اما اذا قلنا
بعدم انتقال الملك فلا رهن فيكون من القسم قبله وقد صرح الامام
بان الظاهر على هذا منع الرهن ولا اشكال اذا لم يبع المرهون بالثمن
في زمن الخيار وشرط في الدين اللازم ان يكون معلوما لهما ولو لم
يعلمه احدهما لم يصح كما صرح به في الاستقصاء في موضع منها عند
الكلام في قوله الا ما على المجر وعلى ضمانه من هذا الكتاب والغاما
ما لا يلزمه بحال كمال الكتابة فلا يصح الرهن به لان الرهن للتوثق والمكاتب
يتمكن من اسقاطه النجوم متى شاء فلا معنى لتوثقها ولان الرهن
انما جعل ليحفظ ما زال الملك عنه والعوض في الكتابة هو الرقبة وهي
باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها الا بالاداء فلا حاجة الى الرهن
وقد حكى الامام عن ابن سريج انه جوز ضمان نجوم الكتابة تخريجا على جواز
ضمان ما لم يجب وقد جرى سبب وجوبه ومقتضى ما حكيناه عن الامام
جريانه في الرهن بلغه قول الشيخ والاصح الا يدين يخرج الرهن على
الاعيان المضمونة كما هو الصحيح خلافا للقفال كما حكيناه من قبل
والفرق بينه وبين الضمان ان الضمان في الرهن لو صح بدوم من حبس العين
الى غايته وهو مستقر في الضمان ويخرج الرهن على العمل المعين لتعذر
استيفائه من المرهون ويدخل فيه العمل اذا الزم في الذمة بلفظ الاجارة
وقد حكى الماوردي في صحته به تفصيلا فقال ان لم يكن الاجير قبض الاجرة
لم يصح الرهن به لانه يستفيد الحق المستحق العمل قبل الدفع الاجرة غير
مستحق وان كان قد قبض الاجرة فوجهان احدهما الرهن على العمل الملتزم في
الذمة وجهان وجه المنع ان استيفاء العمل من الرهن غير ممكن ووجه

الجواز انه حق في الذمة له فيه يمكن استيفاؤها من الرهن فجاز
كالدين قال ولا يصح الا بايجاب وقبول لانه عقد بين اثنين على
مال فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع ويجي فيه الخلاف السابق
في انعقاد البيع بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب وهل يقوم اشتراط
الرهن في عقد البيع مثل ان يقول بعتك بكذا على ان ترهنني دارك بكذا
مقام الطلب حتى يقول بعت ورهنت مقام القبول فيه خلاف وظاهر النص
على ما حكاه المتولي الاكتفاء به وقال القاضي الحسين لا بد منه بل
يشترط ان يقول بعد ذلك ارتهنت وقبلت لان الذي وجد منه شرط ايجاب
الرهن لا استيجابه وهذا اصح عند صاحب التهذيب والامام
وحكى انه الذي ارتضاه المحققون قال ولا يلزم الا من جهة الراهن الا
بالقبض خلافا لمالك لقوله تعالى فرهن مقبوضة ووجه الدلالة منه
على ما حكاه الماوردي من ثلاثة اوجه احدها انه وصف الرهن بالقبض
فوجب ان يكون شرطا في صحته كوصف الرقبة بالايمان والاعتكاف
بالمسجد والشهادة بالعدالة والثاني انه ذكر عقد الرهن من العقود
ولم يصفه بالقبض وذكر المرهون ووصفه بالقبض فلا يخلو ان يكون
وصف الرهن بالقبض اما لاختصاصه به او ليكون تنبيها على غيره وايهما
كان فهو دليل على لزومه فيه والثالث ان ذكر القبض يوجب فايدة
شرعية لا تستفاد بحذف ذكره ولا فايدة في ذكره الا ان يجعل القبض
شرطا في صحته واما من جهة المرتهن فلا يلزم بحال فرع لو دفع الراهن
الرهن الى المرتهن بعد العقد ونوى ان يكون وديعة عنده ثم اختلفا
فقال المرتهن اقبضتنيه عن جهة الرهن وقال الراهن بل وديعة ففي
المقبول قوله منهما وجهان في النهاية في اواخر الرهن ويشترط في
القبض ان يكون باذن الراهن وان كان الرهن مشروطا في البيع لانه

سقط حق

سقط حق الراهن من التصرف في العين فلا يجوز بغير اذنه ولا
فرق في ذلك بين ان يكون المرهون في يد المرتهن او في يده وديعة او
عارية او اجارة او غصبا على النص وسياتي في كتاب الهبة
حكاية نصه في كتاب الاقرار وللواهب انه اذا وهب له هبة في
يده فقبلها عنه وان من الاصحاب من طرد في كل من المسئلتين
قولين وهو ابو اسحق وان منهم من جرى على ظاهر النصين وان
منهم من قطع بانه لا بد من الاذن فيهما على ما حكاه ابن [illegible] ووجهه بان
ذلك اشار اليه وفي النهاية ان القول المخرج في المرهون من الغصب يجي على
راي في المغصوب بخلاف المودع لان يد المودع صلة تبقي حكم المالك واذا
صادفها الرهن كان دوام اليد هنا بمثابة ابتدائها وهذا الاحق في يد
العدوان وهذا ما جزم به الماوردي والاول اصح عند الامام
ثم على كلا القولين لا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتاتى فيه القبض لكن اذا
شرطنا الاذن فابتدا الزمان يكون من وقت الاذن والا فمن وقت الرهن
وحكى العراقيون عن حرملة على قول عدم اشتراط الاذن انه لا حاجة الى
مضي زمان ويلزم العقد بنفسه قال الامام ومعظم نقلهم عنه انا
اذا اعتبرنا الاذن فلا بد من مضي الزمان وقياس مذهبه اسقاط
اعتبار الزمان بعد الاذن كما سقط اعتباره بعد العقد اذا لم يشترط
الاذن وعلى المذهب هل يشترط المسير اليه ومشاهدته فيه وجهان
ظاهر النص منهما نعم واصحهما لا وبعضهم حكى وجها ثالثا وحمل
النص عليه وهو ان كان المرهون يتردد في بقائه كالحيوان الذي لا
يؤمن انتقاله فلا بد من المشاهدة والا فلا يشترط وهذا ما قاله ابو اسحق
من اصحابنا وقال الاخرون ثم ان باع على صفته بعد مضي الزمان
صار مقبوضا على القول الاشتراط فهل يجب معه النقل فيه

صح

وجهان اصحهما نعم فقطع طوايف انه لا يشترط واذا اشترطنا وامضى
المدة للرجوع الى مكان الرهن فلو وكل وكيلا حتى يرجع ويشاهد ويتوب
عنه فهل يصح التوكيل في ذلك ام لا بد من رجوع المرتهن بنفسه فيه وجهان
حكاهما الامام واصحهما الجواز كما في اصل القبض ولو ذهب المرتهن الى
الموضع الذي فيه الرهن فوجده فهل يخرج من يده قبل الرهن نظر فان كان
قد اذن له في القبض اخذه حيث وجده وان لم يكن قد اذن له فلا بد من ان
يقبضه اياه الراهن وان كان قد خرج بعد الرهن فان قلنا لا بد من
من الاذن فالحكم كما تقدم وان لم يشترط تجديد الاذن فله اخذه حيث
وجده بعد القبض المعتبر فيما اذا لم يكن المرهون في يد المرتهن من جوز
كتاب البيع قال القاضي الحسين ويستثنى من ذلك التخلية اذا جعلناها
قبضا في المنقول لان القبض يصح فيقوى قال الامام وما ذكره حسن
ولكن صرح الاصحاب بان حصول التخلية في الهبة والرهن مصيرا
الى ان القبض صور والخلف باحلاق المحال في لا نزاع ان الغاصب
لا يبرا من ضمان الغصب وان اذن له في القبض كما سبق في كتاب وهل
يبرا منه بالابراء فيه وجهان الظاهر منهما في الشامل وهو المذكور
في الحاوي انه يبرا واما المستعير فهل يبرا بالرهن فيه نظر ان لم
يمنعه من الانتفاع فلا يبرا وان منعه فوجهان في الشامل وعن
الطلق حكاية الوجهين وبناهما الماوردي على ان الرهن هل يبطل
العارية ام لا وفيه وجهان فان ابطلها برى والا فلا يبرا فرع لو
رجع الراهن عن الاذن قبل مضي الزمان اذا اعتبرناها صح
رجوعه وان لم يعتبر الاذن واعتبرنا مضي الزمان ورجع قبل
انقضائه فهل يصح فيه وجهان صرح بهما صاحب التهذيب واشار
اليهما الشيخ ابو محمد اخر هل يبطل الرهن بموت احد المتعاقدين

في

قبل القبض

قبل القبض فيه ثلاث طرق اظهرها طرد قولين واصحهما عدم
البطلان والثانية القطع بعدم البطلان والثالثة انه يبطل بموت
الراهن دون المرتهن وبهذا قال ابو اسحق والفرق ان بعد موت الراهن
ان لم يكن هناك دين لغير المرتهن فجميع التركة سواء في حق قضاء الدين منها
في الحال وان كان هناك دين لغيره فقد تعلق حق ذلك الغير ببعض الرهن
فيتعلق حق المرتهن ولا يحصل بتسليم الوارث الرهن الغرض فيما قبض
فلا حاجة الى ابقاء الرهن وفي صورة موت المرتهن يبقى الرهن كما كان
وانما ينتقل الاستحقاق منه الى الورثة وهم يحتاجون الى الوثيقة
حاجة مورثهم ولا فرق في جريان الطرق بين الرهن المشروط في البيع
وغير المشروط على المشهور فيه قال ابو الطيب يسلمه وقال
ابن ابي هريرة محلهما في المتبرع به اما في المشروط فلا يبطل وجها واحدا
لتاكده بالشرط السابق واقترانه بالبيع اللازم والجنون والاغماء قبل
القبض يترتب على الموت ان قلنا ان الموت يؤثر ففي الجنون وجهان والاصح
في الحاوي انه لا يؤثر فعلى هذا اذا جن المرتهن قبض له الرهن من نصبه
القاضي ناظرا في ماله وان جن الراهن فالولي ينظر في الرهن فان
لم يكن في تسليمه حظ لم يجز له تسليمه وان كان في تسليمه حظ
له بان يكون مشروطا في بيع فيه فضل ان لم يسلم الرهن فسخ البائع البيع
فهل يجوز له تسليمه ام لا فيه وجهان في الحاوي وكل الموت والمرتهن
والورثة يخير عليهم وان كان الرهن مشروطا في بيع وقد اسلم الراهن
من الاحياض وكان الحظ للورثة في البقاء فان كان الراهن امينا
موسرا فهل على الولي ان يفسخ البيع فيه وجهان ويطرأ الحجر
بسبب السفه او الفلس كطريان الجنون قال فان اتفقا على ان يكون
في يد المرتهن جاز اي اذا اقبض الرهن جارية ولا اعتماد ولا استلاحها

والمرتهن كافر وصححناه لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من
ذلك اما اذا كان جارية فسيطران كانت تحرم على المرتهن او صغيرة لا
تشتهى مثلها او المرتهن امراة او اجنبيا ثقة وعنده زوجته او امته
يؤمن معها من الالمام بها فالحكم كذلك فان عدم ذلك لم يجز ان
توضع عنده وتوضع عند محرم لها او امراة ثقة او عدل على الصفة
المذكورة فان شرط وضعها عنده قال القاضي ابو الطيب وغيره كان
الشرط فاسدا والرهن صحيحا ولو كان الرهن خنثى فان كان صغيرا
جاز ان يكون في يد المرتهن وعلى يد عدل وعند امراة ثقة وان كان
كبيرا وضع على يد محرم له ولا يجعل على يد اجنبي ولا اجنبية صرح
به العمراني واذا كان دراعا او سلاحا جعل على يد المسلم صرح به
قال وان اتفقا على ان يكون عند عدل جاز لما ذكرناه وان تشاحا
اي تنازعا فيمن يكون تحت يده وكان الرهن مشروطا في بيع حكاه عليه الامام
والرافعي في الباب الثالث من باب البيع سلمه الحاكم الى عدل لان العدل
وقيل اذا اطلق العقد ولم يبين من الذي يكون الرهن في يده بطل قال
الامام وظاهر النص منعه وبه جزم المحاملي اذا كان الرهن عبدا دون ما
اذا كان امة فانه لا وجه لها الا جهة واحدة حكاه عنه في الزوائد
وكذا اذا اعطى الرهن من غير شرط ولم يبين من يكون بيده والعدل نائب
عن المرتهن وليس له ان يسلمه الى احدهما دون اذن الاخر فان فعل
ضمن واذا فوضا للعدل البيع عند حلول الاجل جاز وهو وكيل فيه عن
الراهن وامين عن المرتهن ولكن هل يحتاج الى اذن الراهن عند البيع
ايضا فيه وجهان اصحهما لا وبه قال ابو اسحق قال الامام ولا خلاف
انه لا يحتاج ثانيا الى اذن المرتهن وفي التتمة نقل وجه من كتاب الوفاق
انه لا بد من مطالبة المرتهن ببيعه وفي الحاوي انه لا يحتاج الى

تجديد اذنهما

على يده في

ابن الصباغ في

الى تجديد اذنهما ويكفي استمرارهما على الاذن وسيأتي في اخر
الباب فرع يتعلق بهذا اما اذا وقع التشاح فيمن يقبض الرهن
غير المشروط فالذي يظهر انه لا يسلم الى العدل الا برضا
الراهن لان له الامتناع من اصل الاقباض ولو اتفقا على القبض
على ان يقبضه لكن يقبض الراهن من نفسه لم يصح وقبض عبده القن
وام ولده ومدبره كقبضه وفي جواز استنابة مكاتبه وفي جواز
استنابة عبده المأذون وجهان قال الشيخ ابو علي وجها ثالثا
ان ركبته الديون جاز والا فلا يجوز وجها واحدا والاصح المنع مطلقا
فرع اذا مات المرتهن والرهن في يده فقال الراهن لا ارضى بيد
الورثة فله ذلك على النص حكاه الامام عن العراقيين وقال انه
الاصح فيرفع الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل ولا فرق بين ان يكون
الورثة عدولا ام لا وقال بعض اصحابنا لا يزيل القاضي يد الورثة نعم له
ان يضم اليهم يدا اذا استدعاها الراهن قال ولو عين جاريتين
بيعهما جاز رهنهما لان المقصود من الرهن البيع ليستوفي المرتهن
حقه منه وذلك يحصل على الحمل ببيعه وحكى الشيخ ابو علي قولا ان
الجارية الحسناء لا يجوز رهنها الا ان يكون محرما للمرتهن وعلى المذهب
لا يحتاج الى لفظ الشيخ الى استثناء ... حكاه عليه ابن يونس
في المواضع التي يذكر في الكتاب ان ذكر قوله تاتي في المدبر لا تمنع من
صحة الاطلاق ثم المشتري لحق له رهنه وان لم يجز للبائع المرتهن
جا اعتبر به الماوردي ولم لك ذكر طريق في علم صحة رهن
الجاني وقول في المعلق عتقه بصفة وما يتسارع اليه الفساد
لا يرد لما ذكرناه اولا وايضا فان المعلق عتقه وما يتسارع
اليه الفساد يصح رهنهما بالدين الحال وليس في كلام

فلا في

استثناء

السيح ما يقتضي تعميم الاحوال لانه عام في الاعيان
والعام في الاعيان مطلق في الاحوال والازمان والامكنة
واذا كان كذلك صح تفسيره بما ذكرناه وهذا رد السبكي
على ابن القاص حيث قال من الاستثنا ما يجوز بيعه حولا واحدا
وفي رهنه قولان وهو الطعام الرطب وبه يحسن الجواب ايضا
عما ذكره الماوردي وصاحب الاستقصاء من ان العبد اذا تزوج امراه
باذن مولاه بصداق مبلغه الف درهم ثم ان السيد ضمنه فانه لا
يصح ان يرهن العبد عند الزوجة على الصداق لان الدين مضمون على
العبد ولم يجز ان يجعل رهنا في الدين لان الوثيقة غير الموثوق فيه
على ان في عدم الصحة في هذه الصورة نظرا اذا قلنا ان المهر لا يتعلق
برقبته نعم قد يحتاج الى استثنا المرهون فانه يجوز بيعه من المرتهن ولا يصح
رهنه منه بدين اخر على الجديد اللهم الا ان يقال المراد ما يصح بيعه من
كل احد فيصح مع ذلك قال وصلا ان المدبر لا يجوز رهنه لان المدبر
اما ان يكون غير الذي عليه الدين او هو الذي عليه الدين فان كان الاول
كما اذا دبر زيد غلامه ثم رهنه عند عمرو على دين له على خالد فهو كذلك
جايز كما صرح به المتولي وغيره وكما اذا اعار المدبر لمن
يرهنه بدين لان الرهن ليس برجوع عن التدبير فانا ان قلنا ان
التدبير تعليق عتق بصفة كما هو الجديد لم يحصل الرجوع فيه الا
بما يزيل الملك وان قلنا انه وصية كما هو في القديم وبعض الجديد
وقلنا ان الرجوع في الوصية هل يحصل بالرهن وجهان فان قلنا لا
يكون رجوعا فلا كلام هاهنا وان قلنا انه يكون رجوعا فالعود الى
التدبير اقوى بدليل نفوذه بعد الموت من غير قبول بخلاف الوصية
واذا ظهرت قوته وضعف الوصية عنه لم يحسن القياس عليها

واذا لم

واذا لم يكن رجوعا احتمل ان يموت المدبر فجأة فيبطل مقصود
الرهن وذلك غرر من غير حاجة فابطل الرهن في الابتداء
والصورة الاولى هي التي يقتضيها كلام المزني في المختصر فانه
قال ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا لانه اثبت له عتقا
قد يقع قبل حلول الرهن ولا يتصور ان يقع قبل حلول الرهن اذا كان
المدبر هو الذي عليه الدين فان الدين يحل في الوقت الذي يعتق فيه
المدبر لا بعده فتعين ما ذكرناه ولم ار في كلام الاصحاب ما يقتضي
ترجيح احد طرفي الخلاف في غير هذه الصورة الا في كلام الامام وان كان المدبر
من عليه الدين فالمنع من رهنه ليس لخشية موته فجأة وعتق المدبر به
كما يقتضيه اطلاق الاصحاب لان المدبر انما يعتق من الثلث ووفا الدين
من راس المال فهو مقدم على ما يحسب من الثلث بل لان سقوط الاجل
بالموت او الحلول يقتضي الاجبار على بيع المرهون في وفا الدين على
الفور اذا امتنع من تعين عليه وفا الدين من ايفايه والمدبر بعد الموت
لو صح رهنه لا يباع في الحال بل ينظر ان وفت التركة بالدين سواه لم يبع
وعتق ان خرج من الثلث وان لم يوف بيع منه بقدر ما يوفي بها اذ ذاك
وفي حال الحيوة اذا انقضى الاجل لا يجبر على الرجوع في التدبير واذا
لم يرجع فيه لا يبادر الى بيع المدبر لو صح رهنه وما وجدنا لهما لا يغير
كما سنذكره عن الاصحاب من بعد وفي ذلك تغيير لمقتضى العقد فلم يصح
بيعه وايضا فان المرتهن يتخصص حقه في عين المرهون حتى لا يتمكن من اجبار
الراهن على الدفع من غيره كما صرح به الامام في باب الرهن والحمل
بخمس عشرة ورقة وان كان قادرا على تحصيله من غيره واشار اليه ايضا
بقوله في الفصل الثاني من اوايل كتاب الضمان ان المرتهن وان قصد
بالاذن ان يحصر حقه في العين المرهونة فليس له الانفراد ببيعها

واذا كان كذلك فعند ما قلنا هذا المقتضي بالحاقنا بيع غير
المرهون في وفاء الدين وهذا القول منصوص في الام ايضا فانه
قال لو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا ولو قال قد رجعت عن التدبير
ثم رهنه ففيه قولان والله ما قال الاكثرون قال وقيل يجوز ان يكون
التدبير بحاله لانه انما جاز ان يطرا التدبير على الرهن ولا يبطل
الرهن وان ابطله العتق لجواز بيعه جاز ان يطرا الرهن على التدبير
ويكون الرهن جايز الجواز بيعه وليس ما يطرا من جواز ان يعتق
لموت السيد قبل حلول الحق وليس ذلك بمانع عن صحة الرهن هكذا
قال الماوردي في قوله ... وليس ما يطرا من جواز ان يعتق
لموت السيد قبل حلول الحق اشارة الى ان الراهن غير المدبر كما
صورناه من قبل وهذا الطريق هو الذي رجحه الغزالي واما من
جهة ان عتق المدبر متاخر عن وفاء الدين فهو من معه يلعب المرهون
لسبب العتق ومقتضى هذا التخصيص التصحيح بما اذا كان المدبر هو
المرهون وعلى هذا الطريق قال ابو اسحق المروزي اذا حل الحق فان
قضى من جهة اخرى سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره وان
لم يقض قيل له ارجع في التدبير فان اختار الرجوع فيه بيع في الدين
وان لم يختر فان كان له مال غيره قضي منه الدين وبقي العبد مدبرا
وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان احدهما انه يحكم بفساد
الرهن وعلى هذا الحال يحمل كلام الشافعي ان الرهن مفسوخ
والثاني انه يباع وهو الصحيح عملا بمقتضى صحة الرهن قال
وقيل على قولنا ان القايل بهذا الطريق ابن سريج وقد بنا الخلاف
على ان التدبير وصية او عتق بصفة فان قلنا بالاول جاز ان
رهنه لانه يجوز الرجوع فيها بالقول فجعل الرهن رجوعا كما
جعل

لو اوصى

كما لو اوصى به ثم رهنه وان قلنا بالثاني لم يجز رهنه لما
ذكرناه من قبل قال القاضي الحسين في تعليقه وقيل انه يجوز
تفريعا على هذا ايضا كما سياتي مثله في رهن المعلق عتقه
بالصفة وهذا الطريق اصح الطرق عند الماوردي واقرب
الى القياس عند ابن الصباغ واعلم ان النووي قال في قول التسليح
وقيل يجوز ... حاجة اليه فان قوله كل عين جاز بيعها
جاز رهنها مغن عن ذلك وجوابه ان ذلك حصر بالذكر اتفاق
عليه وذلك خاص به اذ لا يمكن دفع حجة المنازع لما تضمنه دليل
التفاعل المرجح وبعد السبح الكلام بالعين لخرج المنافع فانه
يصح رهنها كما صرح به ابن الصباغ وغيره والدين ايضا وان قلنا
بجواز بيعه وفي الدين المستقر وجه انه يصح رهنه حكاه السبح في
المهذب وغيره من العراقيين والعراقي في كتاب الهبة قال في البيان
وعلى هذا يلزم بنفس العقد وقد حكي في البسيط عن هذا الدين
وجهين عن حكاية صاحب التقريب وانا اذا صححناها ففي اللزوم بمجرد
العقد وجهان فان قلنا لا يلزم وهو القياس ففيه وجهان احدهما انه لا
بد من قبض الدين والثاني يكفي تسليط ... الايجاب وهو ان يقول
استوفي الدين فينزل ذلك منزلة التخلية في العقار فانه غير
قابل للقبض في صورته كالعقار قلت وتحتمل جريان مثل ذلك
في رهنه ايضا وفي المستقصا انه لو رهن الدين ممن هو عليه صح
وجها واحدا لانه يجوز بيعه منه فكذلك الرهن فان قيل قد
حكى القاضي ابو الطيب وغيره عن نص الشافعي في ضبط ما
يرهن ان كل ما جاز بيعه جاز رهنه وذلك يقتضي جواز رهن المنافع

غيره

والدين اذا قلنا بجواز بيعه قلنا المبتدر الشافعي ذلك الادمي
معرض منازعة الخصم في ان رهن المشاع صحيح واقام الحجة
عليه فان عندنا رهنه صحيح ولا فرق بين ان يرهن نصيبه
من جملة الدار او من بيت منها والباقي مشترك بينهما وفي رهن نصيبه
من بيت من الدار المشاعة وجه انه لا يصح لانه ربما يقاسمه الشريك
فيقع الجميع في حصته ولا يبقى للرهن مقر ووجهه الشيخ في المهذب
والمحاملي بان فيه اضرارا بالشريك بان يقتسما فيقع البيت في
حصته فيكون قد رهن مال المحاملي في محله اذا كان الرهن
بغير اذن الشريك اما اذا كان باذنه فانه يصح لانه رضي بما يلحقه من
الضرر وهذا الوجه صححه مجلي والاول صححه المتولي وصاحب المرشد
ثم اذا صححنا الرهن ووقع البيت في نصيب الشريك قال الغزالي احتمل
ان يقال هو كما لو تلف واحتمل ان يقال الراهن ضامن والتعويض مسبوق اليه
ومقتضى ما ذكرناه من تعليل الشيخ والمحاملي انه يسبق من جهتنا قال والمعتق
بصفة يتقدم على حلول الحق لا يجوز رهنه اي عبدا لا يشترط بيعه قبل
وجود الصفة لانه رهن ما لا يمكن استيفا الحق منه الذي هو مقصود
العقد قال وقيل فيه قول آخر انه يجوز فعلى القول خرجه ابو الطيب
في رهن ما يتسارع اليه الفساد وقد سبق تعليله قال الامام
وانما ينتظم التخريج اذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند
وجود الصفة بعد الرهن فانه يشبه حينئذ اما اذا لم نقل به فلا الحاق
بتسارع الفساد اليه وفوات الوثيقة والصحيح الاول وبه
قطع الماوردي وغيره لان الظاهر فيما يتسارع اليه الفساد من
جهة الراهن منعه اذا اخشي تلفه وجعل رهنه وها هنا الظاهر

بيعه

رحيم

نسخة

من جهة بقاؤه على الوفاء بذلك لعصمته في حصول العتق
اما اذا شرط بيعه قبل وجود الصفة صح الرهن كما هو في نظيره
ذلك فيما يتسارع اليه الفساد صرح به في المرشد ونزل اصول
الخلاف صورتان احداهما ان يرهنه بدين حال او بدين يحل قبل
وجود الصفة فلا خلاف في صحة الرهن للقدرة على تحصيل المقصود
ثم لو تاخر بيعه حتى وجدت الصفة انبنى امره على ان العبرة في
المعلقات بحال التعليق او بحال وجود الصفة وفيه قولان فان
اعتبرنا حال التعليق عتق والا فينبني على جواز عتق المرهون الثانية
ان يرهنه بدين يحتمل حلوله قبل وجود الصفة او بعدها فاذا كانت
الصفة قدوم زيد مثلا ففي صحة الرهن في الحالة هذه قولان
بنوها على المذهب في مسألة الكتاب اصحهما [illegible] وقطع بعضهم بالمنع
وعلى الجواز قال القاضي ابو الطيب انه مخرج من جواز رهن المدبر
وان المدبر عتق بصفة اما اذا فرعنا على قول ابي علي الطبري فيها
جاز ها هنا وجها واحدا قاله القاضي الحسين وفيه نظر لان ابا علي
في مسألة يحصل الصفة قبل حلول الاجل يومر ببيعه قبل وجود الصفة
كما في ما يتسارع اليه الفساد قبل اشرافه عليه وها هنا لا
يحصل وجود الصفة حتى يباع قبلها نعم ان امكن معرفة وقت
وجود الصفة اتجه ذلك وبيعه قبل ذلك كما قاله صاحب التهذيب
فيما اذا كان العتق ان يقع بقدوم قال وما يسرع اليه الفساد
ان كالاطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن تجفيفها لا يصح
رهنه بدين موجل الى وقت يفسد قبل محله من غير شرط بيعه
عند خوف الفساد في الصحيح المنصوص لانه لا يمكن اجبار الراهن
على ازالة ملكه قبل حلول الدين لكونه خلاف مقتضى العقد

الكتاب

المدبر

[illegible]

تعذر
اذا كان ذلك لعلة لتستفا الحق من ثمنه فلم يصح رهنه كان الولد
وكما لو شرط ان لا يباع عند الحلول ابدا على الفساد **قال** ويصح في الاصح
اي يجبر على بيعه عند خوف الفساد ويكون ثمنه رهنا لان العقد
المطلق يحمل على المتعارف والمتعارف فيما يفسد ان يباع قبل
فساده فصار كما لو شرط ذلك ولو شرط ذلك لجاز جزما واحترز
بذلك عند الاطلاق وهذا القول مال اليه [illegible] اليه وهو الموافق
للظاهر نصه في المختصر وفي الحاوي انه اذا صح رهنه لزم الراهن
بيعه عند فساده ولا خلاف في جواز رهنه بالدين الحال وبيع عليه
الاسراع على الفساد اما اذا كان المرهون مما يمكن تجفيفه كالرطب
والعنب وكذا اللحم جاز رهنه وجها واحدا من غير شرط ووجب على
الراهن ذلك كما يجب عليه نفقة الحيوان لانه من مؤنة حفظه **فرع** اذا
قلنا لا يصح الرهن فاخذه المرتهن وتركه حتى فسد قال في التهذيب ان
اذن له الراهن في بيعه ضمن والا فلا [illegible] في الجيلي في هذا الباب لو
اذن الراهن للمرتهن في بيع الرهن عند حلول الدين فلم يبع حتى مر على
ذلك زمان وتلف لم يلزمه ضمانه لان البيع لم يجب واجبا عليه فهو كالوكيل
الماذون في البيع مطلقا وهل يطرد في غيره من المسائل مما لا يجب عليه فعله
لا ضمان عليه بتركه اذا فرط في ذلك حتى تلف بخلاف الولي او الوصي وما
قاله فيه دليل على ان المرتهن له البيع وليس [illegible] الراي العراقيين [illegible]
فرع اذا كان المرهون لا يقطع بفساده ولا بعدمه وتردد الاحتمال
في جواز الرهن المطلق وعدمه فسد البيع عند الاسراع على التلف [illegible]
مرتبان على القولين في الصورة السابقة واولى بالصحة **فرع** اذا رهن ما لا
يسرع اليه الفساد ثم طرا عليه ما يقتضي فساده قبل حلول الدين لم

يبطل الرهن

يبطل الرهن وهل يجبر على بيعه ليكون الثمن رهنا مكانه فيه قولان
في الحاوي قال في الروضة على اصل القولين فيما يسرع اليه الفساد اذا
قلنا يصح رهنه حتى لا يجبر الراهن على البيع ان البيع يمنع الفساد
في هذه الصورة وجب وقال لانه اقتضاه الرهن في الاستدامة وليس كذلك
ما كان فاسدا او يجب العقد لانه في الانتها على ما كان عليه في الاستدامة او اختيار
للبائع اذا كان هذا الرهن مشروطا في بيع لان فساده قبل ان يعلق او لو
طرا المقتضي للفساد بعد العقد وقبل القبض فهل يحكم بانفساخ الرهن
فيه وجهان في الرافعي وهما مبنيان على القول بان رهن ما يتسارع اليه
الفساد باطل ويجري الوجهان فيما حكاه الامام فيما لو قتل العبد المرهون
بعد العقد وقبل القبض [illegible] الوثيقة هل تتعلق بالقيمة الواجبة على
المتلف **قال** وما لا يجوز بيعه اي وقفا فاما الموقوف والمرهون ونحو ذلك
او على راي كالجاني والغائب ونحوهما مما يعلم خلافه ما [illegible] وما في
معناه **قال** لا يجوز رهنه لانه لم يحصل مقصود العقد وهو استيفاء الحق
من ثمنه عند العجز **قال** وما لا يجوز في البيع من الغرر لا يجوز في الرهن لاشتراكهما
في فصل [illegible] فان قيل الكلام الاول يغني عن هذا فان علم جواز البيع [illegible]
العقد شرط [illegible] لوجود مانع والغرر احدها فلا معنى لذكره والجواب
ان ذلك صحيح في البيع بالنظر الى ذاته لكن كلام الشيخ ثانيا يرجع الى نفس
العقد لا الى [illegible] لم يكن كلام الشيخ شاملا له لو اقتصر على الاول
قال رهن المبيع قبل القبض جاز [illegible] رهن المبيع قبل القبض له حالتان
الاولى ان يرهنه من البائع فهو صحيح وان كان الحق بيعه منه على الاصح
كما قاله لان الرهن غير مضمون على المرتهن وما لا يقتضي نقل
الضمان فليس شرط صحته قبضه وهذا ما نص عليه الشافعي كما
حكاه ابن الصباغ [illegible] وحكي ان من اصحابنا من قال انه لا

لا يصح لانه عقد يفتقر الى القبض فاشبه الهبة وهذا منه
يدل ان الهبة ممتنعة جزما وقد صرح بذلك مع السبكي من قبل
واجرى الرافعي الوجه الاول فيها ايضا وصحح منها المنع ونقل عن بعضهم
الجرجاني وعلى ذلك جرى المتولي في الرهن في باب الرهن ووجهه بان
الثمن اذا كان حالا فهو مخصوص به ان قلنا ان البداءة بالمشتري
فلا يجوز رهنه كالمرهون وان كان مؤجلا او حالا وقلنا البداءة
بالبائع فهو يتخير لمقتضى العقد في التسليم وما قاله من انه
كرهن المرهون ممنوع لان رهن المرهون من الراهن لا يجوز ونحن هنا
نطلبه قطعيه بانه يجوز على وجه من الاستفصال فيها اذا رهن
العبد الجاني من المجني عليه لان رهنه بالجناية ليس رهنا حقيقة
بل الحبس المستحق على الثمن ليس رهنا حقيقة الثانية ان يرهنه
من غير البائع فالصحيح عند عامة الاصحاب على ما حكاه الرافعي
وبه جزم ابن الصباغ والسبكي في اول باب بيع الطعام المنع لضعف
الملك حال المجالس لا يصح بيعه وجه لا يصح رهنه ومعه وجه انه يصح اذا
لم يكن للبائع حق الحبس نظرا الى ان المانع من صحة البيع توالي الضمانين
وهذا ما رجحه الغزالي وكلام السبكي في باب الرهن يقتضي الجزم به
فانه قال لو اشترى شيئا قبل قبضه قبل القبض بطل وان كان قبل تسليم الثمن
الى البائع لم يصح وان كان بعد تسليمه فنوال البائع فقد نص في باب الرهن على جواز
ذلك لانه لا يشتغل قبضه على وجه لا علقة فيه منه كالميراث سواء
وجعله صاحب الاستقصاء المنصوص وخرجه القاضي الحسين في التعليق
وادعى نفي الخلاف فيه وقد ذكرناه عنه قبل اذا عرف ذلك كان الراي
ان يحمل كلام السبكي على العموم من غير فرق بين ان يرهنه من البائع او من
غيره **فرع** اذا صححنا الرهن من البائع واذن له في القبض ففعل لزم

يزول

ولا يزول الضمان عن المبيع بل اذا تلف انفسخ العقد وليس لنا
رهن اذا تلف بعد الرهن يكون من ضمانه من غير تعد الا هذا
وحكم عيب البائع اذا اخذ من الرهن منه قد تقدم في اول باب
البيع **قال** وان رهنه بعد العقد اي اذا كان للبائع حق الحبس
لانه محبوس به فلا يجوز رهن المرهون وللقائل ان يقول ينبغي ان
يصح ويتقوى احد الحقين بالاخر بعضد ما سياتي حكايته عن
الامام من بعد اما اذا لم يكن له حق الحبس بان كان الثمن مؤجلا او
حالا وقلنا البداءة بالتسليم يجبر عليها البائع فهو كما لو رهنه منه بدين
غير الثمن وقد تقدم وهذا اذا لم يكن الرهن مشروطا في البيع اما
لو شرط في البيع ان يكون المبيع مرهونا بالثمن لم يصح البيع لان المرهون
غير مملوك له بعد ولان الثمن اما مؤجل او حال وايما كان فيمتنع رهنه لما ذكرناه
من تعليل المتولي ولان ذلك يؤدي الى تناقض الاحكام فان قضية الرهن
كون المال امانة وان تسليم الرهن اولا وقضية البيع بخلافه وفي ذلك
ايضا استيفا منفعة الاستيثاق ولا يجوز ان يستثني البائع بعض منافع
المبيع لنفسه وفي النهاية حكاية وجه مفرع على القول بان البداءة بالتسليم
بالمشتري انه يصح هذا الشرط لموافقته مقتضى العقد ولو شرط ان
يرهنه بالثمن بعد قبضه ورده اليه فالبيع باطل ايضا لبعض المعاني المتقدمة
قال وان رهن الثمرة اي التي يخشى جفافها بعد بدو الصلاح قبل بدو
الصلاح من غير شرط القطع جاز في اصح القولين لان الدين ان كان
حالا فيبيعه في الحال ولا غرر وان كان مؤجلا فيحمل على تبقيته الى
الجائحة الذي علق بها عليه السلام منع البيع لا يسقط من دينه شي
بخلاف البيع فانه لو جوز لتضرر المشتري بفوات الثمن والقول
الثاني انه لا يجوز وان كان الدين حالا لانه عقد لا يصح فيما لا يغتفر

على سلامته فلم يجز الثمن وسلما وبدا الصلاح من غير شرط القطع
في البيع ومنه احتراز من العوض في الوصية ويحل بعضاح القول
الاول عند البيع اذا كان الدين حالا او يحل بحله مع بدو الصلاح
او بعده اما اذا كان يحل قبل بدوه فالقطع فالاصح من القولين عدم
عدم الصحة ولا نزاع في انه اذا شرط في الرهن على الدين الحال
القطع جاز ولو شرط من الدين الذي يحل قبل بدو الصلاح القطع
عند المحل فطريقان منهم من خرجه على القولين ومنهم من قطع
بالجواز والله اعلم قال الشيخ ابو حامد وصاحب المهذب في اما الثمر
التي لا يحل جنسها فلا يجوز رهنها بما يسارع اليه الفساد
وهذا كله اذا رهن الثمر وحدها اما لو رهنها مع الاشجار
فان كان مما يمكن تجفيفها صح مطلقا وان لم يمكن تجفيفها ولم
يصح رهن ما يتسارع اليه الفساد فطريقان اصحهما انه لا يصح
في الثمار وفي الاشجار قولا تفريق الصفقة والثاني يصح فيهما قولا واحدا
ويكون الثمار تابعة للاشجار فرع اذا رهن زرعا قبل ان يشتد
حبه من غير شرط القطع قال [illegible] والاستقصاء هو على القولين يعني في
مسألة الثمار وروى غيره عن صاحب التلخيص انه لا يجوز قولا واحدا.
اذا كان الدين مؤجلا وان صرح بشرط القطع عند المحل انه لا يجوز بيعه
اذا اشتد [illegible] الحلول في هذه الحالة ومن جملة ذلك [illegible] ايضا
رهن الجارية دون ولدها الذي لا يجوز بيعها دونه فانه يصح ولا يجوز
اجارتها دونه لتفاوت ملك الرقبة وان زالت ملك المنفعة وان الجارية
لو ولدت في يد المرتهن لم يدخل الولد في الرهن فلا يمتنع ايضا لكن
اذا دعت الحاجة الى البيع والولد بعد صغير بحيث لا يجوز التفريق
بينهما فعلى ما يباع منفردا او يتبع التفريق [illegible] او يباعان معا فيه وجهان

اشتهاها

الرهن

حكاها

فيه وجهان حكاهما ابن ابي هريرة واصحهما في الطريقين وذكر في
الزوائد للعمراني انه المنصوص الثاني وبه جزم ابن الصباغ والقاضي
ابو الطيب [illegible] حتى ان [illegible] نص في الجارية على ان الجارية لو
جنت ولها ولد صغير تباعان وها هنا اولى [illegible] زوائد العمراني
ان الوجه الاخر هو فيما اذا جنت ايضا وعلى الصحيح اذا بعناهما
قومت الجارية ذات ولد ودون ولدها فاذا كانت قيمتها مائة وقوم
الولد [illegible] فاذا كانت قيمته خمسين كان للمرتهن منها الثلثان
وهذا ما حكاه ابن الصباغ وحكى المتولي انا نقول كم قيمة الجارية
وحدها اذا بيعت مع الولد وقيمة الولد اذا بيع مع الام ويبين العبارتين
فرق وحكى الامام وجهين كالوجهين فيما اذا رهن ارضا بيضاء وكان
فيها نوى فنبتت في الارض اشجار او بعناها مع الاشجار
واحد الوجهين في الارض تقوم بيضاء فاذا قيل قيمتها مائة قومت
مع الغراس فاذا قيل قيمتها مع الغراس مائة وعشرون فيكون للمرتهن
منها خمسة اسداسه وهكذا [illegible] ان يقوم الام وحدها
فاذا قيل قيمتها مائة ويقوم الولد وحده فيضم الى الام كما قلنا الاشجار
ثابتة فاذا قيل قيمتهما [illegible] خمسون فيكون للمرتهن منهما الثلثان [illegible]
واختار الشيخ ابو علي والقاضي والمتولي هذه الطريقة و[illegible] صاحب التهذيب
[illegible] طريقة اخرى واختار قالوا انما نقوم الام مع الولد وهي حاضنة
ويقوم الولد مع الام ولا يقوم [illegible] بالتقويم على ما هو بالانفراد
بخلاف مسألة الغراس في الارض الجارية رهنت وهي ذات ولد ما تحق
المرتهن [illegible] على نعت [illegible] والارض رهنت وما غرس فيها حدث
الغراس بعد فلا جرم قدرنا الارض بيضاء في الوجهين جميعا
ورجعت ثمرة الخلاف الى الغراس بعد نظير مسألة الغراس

فيمها

ان يحلو مقارب لما حكيته عن الماوردي وما قاله ابن الرفعة فيه نظر من حيث انه
ما اذا حملت بعد الرهن ليس كذلك مسئلة النواس مصورة بما اذا
رهنت والنوى فيها فهو بمنزلة العلوق بل نظيرها ما اذا علقت
ثم رهنها وكذلك جزم به المحاملي في المجموع بانه اذا كان فيها النوى
وعلم به المرتهن اما قبل عقد الرهن وبعده ورضي به ثم نبت نخلا انا
اذا بعناها دفعنا للمرتهن قيمة ارض فيها نخل لانه لما علم به ورضي
به صار راضيا بان يكون ارضه ذات نخل فاستحق قيمتها على تلك
الحالة ثم مقتضى قوله انها اذا علقت بعد الرهن يجي فيها الوجهان في
هذه التقويم والمنقول في الرافعي ان المرتهن في الثمن قيمة الجارية لا
ولد لها واذا تاملت ما حسناه اتضح لك منه اربعة اوجه هل يثبت
للمشتري اذا كان جاهلا بان لها ولدا وكان الرهن مشروطا في بيع الخيار
قال الماوردي ان قلنا تباع دون ولدها فلا خيار له والا فوجهان
احدهما وهو ما جزم به القاضي ابو الطيب في تعليقه وغيره الثبوت
لما يلحقه من النقص في قيمتها **فرع** اذا رهن بهيمة ذات ولد رضيع
وقلنا لا تباع الجارية دون ولدها فهل تباع البهيمة دون ولدها فيه
وجهان في الاستقصاء **قال** وان رهن نخلا وعليه ثمر غير مؤبر
لم يدخل الثمر في الرهن في اصح القولين وكذا الثمر الحادثة بعد الرهن
وهذا هو الجديد وبه جزم بعضهم كما حكاه ابن الصباغ وقد حكى
الاخر انه يدخل في البيع وهذا هو القديم وحكم اغصان الخلاف
وورق الاس والفرصاد حكم الثمر غير المؤبر فاما الاغصان
التي لا تنفصل والجريد وكذا الورق الذي يترك الى ان يتساقط فانه
داخل في الرهن واذا سقط الورق واجتمع منه شيء كان رهنا كما يسقط
من الدار المرهونة قال الامام ومن اصحابنا من قال اذا انتثرت او
تناثرت تعلق استحقاق المرتهن به كجذوع الشامل ويعلمون الى الطب

بالجديد

لان

تدخل

بقاء

في الجديد الموجود حال العقد بعدم الدخول واذا اجرى الخلاف
في اندراج الثمر مع امكان بيعها دون النخل والعكس فمع اندراج
الحمل فيه من طريق الاولى وقد صرح به الاصحاب فان قلنا
بعدم الاندراج فلو قال رهنتك الجارية وحملها فهل يكون الحمل
مرهونا فيه تردد للاصحاب قال الامام والظاهر انه لا يندرج
وفي اندراج اللبن الكائن في الضرع حالة العقد طريقان احدهما
القطع بانه لا يدخل والمشهور انه على الخلاف ثم هو عند بعضهم
بمنزلة الثمار وعند اخرين بمنزلة الجنين وفي الصوف على ظهر الحيوان
طريقان احدهما القطع بدخوله كالاغصان حكاه في التتمة والظاهر
انه على القولين في الثمار وزاد بعضهم من كان ثالثا فارقا بين ما
قصر بحيث لا يحتاج جزه فيدخل دون ما يحتاج جزه فلا يدخل
فرع اذا رهن الاشجار ففيه وجهان كما في دخول الاس تحت اسم الجدار
والذي جزم به القاضي ابو الطيب في المغارس عدم الدخول ولا يدخل
البناء بين الاشجار في الرهن عند رهن الاشجار ان امكن الانتفاع به
منفردا والاظهر على الخلاف في المغارس عند صاحب التهذيب والشيخ ابي محمد
والمشهور عدم الدخول **قال** وان شرط في الرهن شرطا ينافي مقتضى الرهن
فان كان ينفع الراهن بطل مثل ان شرط ان لا يباع في الدين او ان لا يباع
الا باكثر من ثمنه او لا يقبضه عند ازدحام الديون او يكون مضمونا
على المرتهن بطل الرهن لان ذلك يخالف مقصود الرهن ويمنع الصحة كما
لو قال بعتك بشرط ان لا تملكه وقد قال القاضي ابن كج ان ابن خيران
خرج في افساد الرهن فيما عدا الصورة الاخيرة القولين الآتيين فيما
اذا كان ينفع المرتهن وحكاهما ابو علي في الافصاح في الاخيرة ايضا
قال ابن الصباغ فيهما والاول الصحيح **قال** وان كان ينفع المرتهن مثل

ان لا

ان يشترط ان يباع باى ثمن كان وان قل او قبل حلول الاجل او
ان ما يحدث من ثمره ونتاج وكسب يكون مرهونا ايضا معه وكان
اصحهما انه يبطل لانه شرط باطل فابطل العقد فابطله كالشرط
المضر بالمرتهن والثانى لا يبطل لان هذه الشروط لا تقدح فى
الوثيقة فلم تمنع من الرهن بحاله بخلاف الشرط الذى يمنع الراهن
ولان الرهن تبرع من الراهن وهذا الشرط فيه تبرع لاجل التبرع فلا
يبطل ببطلان الثانى حالوا وصححه الصحاح وشرط رد المكسر وقد حكى
عن العدة صحة الشرط بان ما يحدث من الثمار او النتاج يكون مرهونا
ووجه من شرط صحة ما يحدث من الكسب **فرع** لو شرط المرتهن ان يبطل الرهن
لوفا الدين كان الشرط فاسدا لانه شرط زيادة فاسدة من حق المرتهن ويبطل
به البيع المشروط فيه ذلك وان لم يكن الرهن مشروطا فى بيع فهل يفسد
الرهن فيه قولان وجه فسادكا الشرط ان يوهن المرهون من بيع المرهون لوفا
الدين فاسد كاسد نقله عن الجامع وفى النهاية ما يخالفه كاسد حرى فى
اخر الباب وحكى عليه ان يكون الشرط صحيحا **قال** وان شرط الرهن فى بيع
فامتنع من الاقباض اى بعد عقد الرهن او اقبضه ثم وجد به عيبا ثبت
له الخيار فى فسخ البيع اى بعد رد الرهن لانه لم يرض بذمته الا بوثيقة
فاذا لم يحصل له كان ذلك نقصا او عيبا فيثبت له الخيار وان قيل
لا يجبر الراهن على الاقباض وفا بالشرط عملا بقوله عليه الصلاة والسلام
المومنون عند شروطهم قال ابن الصباغ لان الرهن لا يلزم الا بالقبض
دليلنا عليه مرقبل وهذا الحكم فيما لو شرط فى البيع هكذا فامتنع
الضمان الخبر ويثبت للبائع الخيار فى الرهن ثبت على الفور بعد
الامتناع لانه خيار نقص والصباغ يكون بعد الطلب صرح به
الماوردى اما اذا لم يطلع على عيب المرهون الا بعد تلفه فى يد المرتهن لم

له صحيح

يكن له خيار فى فسخ البيع ولا طلب الارش وهذا لو شرط فى الرهن
رهن عبدين فاقبضه احدهما وتلف او تعيب ثم امتنع الراهن من تسليم
الاخر لم يثبت للمرتهن خيار قال فى الاستقصا لان الخيار انما يثبت
اذا رد المأخوذ على الوجه الذى اخذه وقد تعذر الرد لذلك
وفى النهاية حكاية وجه فى ثبوت الخيار ايضا وادعى ميل النفس اليه
فرع اذا خلا الراهن بين المرتهن وبين الرهن المشروط فى البيع فلم
يقبضه هل يجبره القاضى على قبضه فيه وجهان عن رواية صاحب
العدة قال فان قلنا لا يجبره ابطل القاضى خياره فى فسخ البيع **قال** وان
شرط فى البيع رهنا فاسدا اى مثل ان قال بعتك عبدى هذا بالف على ان
ترهننى بها دارك بشرط ان لا تباع فى الدين او بشرط ان يكون منفعة المرهون
له مدة بقا الرهن او يكون مبيعا منك بعد شهر بالدين وما جانس
ذلك بطل فى احد القولين لان الرهن يترك من مقابلته جزء من الثمن فاذا لم يصح
اقتضى ضم ذلك الجزء الى الثمن وهو مجهول فيصير جملة الثمن مجهولا فيبطل لذلك
وهذا هو الصحيح فى الاستقصا وغيره قال والقول الاخر ان العقد
يصح لانه عقد منفرد عن البيع فلم يفسد بفساده كالصداق مع النكاح
قال والقول ان سلم الرهن من مقابلة جزء من الثمن لجوازه كسائر الطروف
الذى لا يجوز الزيادة عليه بالشرط وهذه طريقة الشيخ ابى حامد وقال
القاضى ابو الطيب فيما اذا اشترط ان يكون منافع المرهون للمرتهن ان
كانت المنفعة مجهولة بطل الرهن والبيع وان كانت معلومة فقد
اشتمل هذا العقد على بيع واجارة لانه جعل المبيع فى مقابلة
الثمن ومنفعة الرهن فيجى فى صحة ذلك القولان السابقان وهذا
ما حكاه الماوردى فى هذه المسئلة وقال اما اذا اشترط كون المنافع
للمرتهن نفس الرهن لا فى عقد البيع كان الشرط باطلا وفى

وفي بطلان الرهن قولان أصحهما أنه يبطل كما في بطلان البيع
البيع قولان وقال ابن الصباغ الظاهر من كلام الشافعي ما قاله الشيخ
أبو حامد (فرع) لو قال بعني عبدك بألف على أن أعطيك بها وبالألف
الذي لك على داري رهنا ففعل كان البيع والرهن باطلين أما البيع
فلأنه شرط فيه رهنا فيما لا يستحق رهنا فيه فيبطل وإذا بطل خرج جهالة
إلى الثمن وأما الرهن فلبطلان البيع فلبطلانه للبيع وفي الآخر أن الرهن
فيه كان بشرط البيع وقال ابن أبي هريرة هذا إفساد من جهة الشرط
في الرهن وهو شرط منفعة المرتهن فيكون باطلا وفي بطلان الرهن به
قولان فإن صححناه صح البيع وإلا كان في صحة البيع القولان وقال الماوردي
والصحيح التعليل الأول وقد حكى عن السجاي أنه جزم بعدم صحة الرهن
بالألف القديم إن كان عالما بفساد الشرط أو لم يعلم إذا قلنا بالجواز
توزيع الصفقة فيه ورأى القاضي الحسين عدم صحة الرهن بالألف القديم عند
الجهل بالفساد قال ولا يسقط من الرهن شيء حتى يقضي جميع الدين لأنه مال
تعلق به حق فكان متعلقا به وبكل جزء منه كرقبة المكاتب … المديون
… الدين الحاصل له كل الرهن … أن يكون … نفس
الحوالة بدله والعبارة الوافية بالمقصود … أن يقال … من
الرهن شيء حتى يبرأ من عليه الدين من جميع الدين المرهون به لأنها تشمل
ما ينفك به الرهن من القضاء والإبراء والحوالة … على المديون أو
منه هما صرح به المتولي في الحوالة والإقالة والمعاوضة … السلم
تنتقي الحصر في القضاء … [illegible] … عوضا …
لو تلف قبل القبض عادت … الرهن … لو تقايلا بلا عقد
المعاوضة كما صرح به القاضي أبو الطيب … إذا
كان الرهن في عقد واحد من شخص واحد عند واحد والمديون واحدا

واحدا وكذلك مالك الرهن أو من استقل له بالإرث فلو رهن نصف
العين بعشرة والنصف الآخر بعشرة فلكل نصيب حكم الرهن الكامل ولو
رهن العين من شخصين على عشرة لهما عليه بالسوية ثم برئ من دين أحدهما
انفك نصيبه بلا خلاف اللهم إلا أن يتحد جهة الدينين كما إذا أتلف
عليهما مالا أو ابتاع منهما شيئا فإنه لا ينفك إلا أن يبرأ من جميع دين
الآخر على وجه غريب رواه صاحب التهذيب ولو تعدد المديون
والراهن واحد فالأصح التعدد كما لو باشر من عليه الدين بنفسه
ولو تعدد مالك الرهن في صورة الاستعارة والراهن واحد وقصد
فك نصيب أحدهما بدفع ما عليه فالأظهر من القولين في عيون المسائل
الانفكاك كذا روى المحاملي … أن المرتهن إن كان عالما
بأنه لمالكين فللراهن فك نصيب أحدهما بأداء نصف الدين وإن
كان جاهلا فلا قال الإمام ولا نعرف لهذا وجها ولو أخذ الراهن
والدين وكان المرهون عبدين متماثلي القيمة استعار كلا منهما
من مالك وأدى نصف الدين ليخرج أحدهما عن الرهن ففيه طريقان
أحدهما القطع بانفكاكه لأنهما تعدد المحل أن تعدد المالك
والأظهر طرد القولين … ابن الصباغ عن الرهن الصغير
وإذا قلنا بالانفكاك فلو كان الرهن مشروطا في بيع فهل للمرتهن
الخيار إذا كان جاهلا بأن المرهون لمالكين فيه وجهان أو قولان
أصحهما أن له الخيار ولو مات الراهن عن ورثة فأدى أحدهم
نصف الدين لا ينفك نصف المرهون على أصح القولين …
وقول الانفكاك رواه صاحب التهذيب واستبعده الإمام وقال
إنما يتجه في فك … نصيبه من التركة إذا أدى …
الدين بناء على أنه لو أقر بدين على مورثه وأنكر الآخر لا يلزمه الأقدر

حصته من الدين ومقتضى هذا البناء ان يكون هذا القول هو
الصحيح قال الجيلي انه لا يلزم المقر من القدر سوى الا قلة حصته من
الدين وابن الرافعي بان تعلق الدين بالتركة هل هو كتعلق الرهن
او الجناية وفيه خلاف فان كان الاول فهو شهد الراهن
وان كان الثاني فهو كالوجني العبد المشترك وادى احد الشريكين
نصيبه فانه ينقطع عنه التعلق لكنه حصر ذلك فيما اذا لم يسبق
الموت مرض وقال فيما اذا سبق الموت مرض ان التعلق يكون سابقا
على ملك الورثة لان للدين اثرا بينا في الحجر على المريض فيشبه ان
يكون القول في انفكاك نصيبه كما في الصورة السابقة يعني في الرهن
وما قاله اختيار فيه نظر فان تصرف المريض في ماله لا يختلف على
المذهب بين ان يكون عليه دين ام لا نعم حكى وجه انه اذا وفى بعض
ديونه في المرض بجميع ماله ان للمريض من ارباب الديون مقاسمته
بعد الموت فان اراد الرافعي تصحيح لكن لا نعلم هذا على المذهب

قال ولا يتصرف الراهن في المرهون بما يبطل حق المرتهن كالبيع والهبة
ولا بما ينقص به قيمة المرهون كلبس الثوب وتزويج الامة ووطيها ان
كانت ممن تحبل اي او كانت بكرا القول عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام ولما ذكره في اوائل باب ما يجوز بيعه وقد تقدم شرح ذلك
ثم حكاية ما ابداه الامام في بيعه ولو كانت امة فان زوج لم يمنع
من وطيها المستوجبة والامة بصبورتها ام ولده فلو طلقها
طلاقا رجعيا لا يمنع من المراجعة قال الماوردي لا نه مع الرجعة
مقيم عليها بالنكاح قلت سيتفق في باب الرجعة على خلاف في ان الرجعة
في حكم ابتداء النكاح او في حكم استدامته حتى اجرى خلافا في ان العبد هل

له

المراجعة
ليس له ان يراجع بغير اذن سيده ام لا فيتجه جريان مثل ذلك هاهنا

قال وان كانت ممن لا تحبل اي لصغر او كبر وهي بكر جاز وطيها في سائر
الاستمتاعات التي لا تضر بالمرتهن هذا قول ابي اسحق واختاره
ابن يحيى وقيل لا يجوز اذا العلوق ليس له وقت معلوم والطباع
مختلفة فيمتنع حسما للباب كما قلنا في شرب الخمر لما لا يسكر ما يسكر
منه مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في المسكر حرم الجميع وعلى الوجه
الثاني وهو الذي قاله ابن ابي هريرة والاكثرون لا يجوز له الاستمتاع بها
بغيره حذرا من وطيه لها وتحري الوجهان فيما اذا كانت الامة
حاملا من زنا وجوزنا وطيها ويتجه جريان مثل هذا الخلاف فيما لو
كانت الجارية لصغير انتقلت اليه بالارث وغير ذلك تنبيه انما
مثل الشيخ التصرف المبطل لحق المرتهن بالبيع والهبة ليخرج ابطال
حق المرتهن من الرهن باستيفاء القصاص منه كما سنذكره ومثله
ما ينقص قيمته باللبس ونحوه ليخرج ما اذا نقص حقه بالمقاسمة
كما اذا رهن من شخصين شيئا وقضى دين احدهما واراد المقاسمة المرتهن
في المرهون وكان ينقص بالدفان له المقاسمة على احد الوجهين
كما حكاه في المهذب والخلاف يجري فيما اذا رهن ما يخصه من شيء
مشاع واراد الشريك والراهن القسمة والاظهر ان المرتهن لا حجر
على ذلك وحكى الامام في حيلولة القسمة خلافا وان كان المرهون مكيلا
او موزونا او ما يجبر على قسمته وبناه على ان القسمة بيع او افراز حق
ومقتضى هذا البناء ان لا يجوز القسمة وان رضي المرتهن اذا قلنا ان
القسمة بيع ولم يجوز نقل الوثيقة من العين الى عين اخرى كما هو احد
الوجهين اما اذا جوزنا نقل الوثيقة فينبغي ان يجوز وبالمنع اجاب
الامام وان جوزنا نقل الوثيقة لان هذا ابتداء رهن بصيغة البيع

ولا خلاف فيه قال الرافعي والمفهوم من كلام المعظم صحتها **قلت**
وعندي في دعوى الامام نفي الخلاف في منع التبادل بصيغة
البيع نظر من حيث ان بعض اهل المذهب يحكونه حكاية قولين فيما اذا
اذن المرتهن للراهن في بيع المرهون على دين مؤجل بشرط ان يكون
الثمن رهنا مكانه فاحد القولين ان البيع والشرط صحيحان وهذا
عين التبادل بصيغة البيع الصحيحة فان قيل الامام قد وجه هذا
القول بان المرهون اذا هلك يتعلق حق المرتهن بالقيمة وما يتبع لا
يمتنع شرطه وليس يتبع فيما ذكرتم مثل ذلك **قلت** الامام عمم
الحكم بالمنع في المكيلات والموزونات من ذوات الامثال مع وجود
ما علل به توجيه صحة الشرط والبيع في المثليات لانه اذا اتلف
الرهن وكان مثليا تعلق حق الوثيقة بمثله فانتفع الجواب وحمل
الشيخ ابي اسحق رحمه الله وطي الجارية مما ينقص القيمة فيمتنع على الصحيح
ان احباله لا ينفذ فانه يتوقع من الوطي العلوق المفضي الى الهلاك وكل
منهما منقص لها اليه اما اذا قلنا بنفوذ الاستيلاد فيحسن الحاقه
بما يزيل الرهن ولا بمعنى الاحرار بل يحصل فيهما النافعان الاول لو
صح ازال الرهن في الحال وهذا يتوقع به الزوال الا انا نقول سبب
الزوال بعد تمام مقام الزوال الاترى ان الوطي منعنا منه وان
قلنا بعدم نفوذ الاستيلاد مع انه لا ينقص في الحال لكنه سبب للنقص
في المال وقوله فما يبطل به حق المرتهن فيه اشارة الى ان محل هذا
الكلام بعد القبض اذ به يتعلق الحق له اما قبل القبض فيصح منه
سائر التصرفات من البيع والهبة وغيرهما العقد المانع منهما جا
صرح به الاصحاب لكن هل يكون نفسه رجوعا عن الرهن ينظر فيه
فان كان بيعا او هبة او رهنا واتصل به القبض او صداقا او

عتقا

او عتقا او كتابة او وطئا حصل منه احبال كان رجوعا والا
من غير احبال او التزويج لا يكون رجوعا وكذا الاجارة ان جوزنا بيع
المستاجر وان لم نجوزه فالاصح انه رجوع والتدبير رجوع على
المنصوص وصحح الروياني قولا انه ليس برجوع قال الامام وهو
منقاس اذ بيع المدبر عندنا جائز واعلم ان اللغة الفصيحة في
قول الشيخ ان ينقى بفتح اليا وسكون النون وضم القاف المخففة وبها جاء القران
الذي ويجوز ضم اليا وفتح النون وكسر القاف المشددة **قال** ويجوز ان
ينتفع به فيما لا يضر فيه كالركوب والاستخدام والسكنى
والزراعة بما لا يستمر بعد حلول الدين ولا ينقص قيمة الارض **قال** وله
ان يعير ويؤجر الى مدة تنقضي الاجارة دون محل الدين لان
المنافع ملكه لا سبيل ولا ضرر على المرتهن في استيفائها
فكان له الاستيفا بنفسه وبمن شا في غير المرهون وقد حكي
عن العلامة وجهان احدهما انه ليس له ان يستوفي المنفعة بنفسه ولم
يطرد الماوردي في الانتفاع بالارض بالزراعة بل جزم القول بجوازه
وفرق بين الزراعة والسكنى بان يد الساكن على الدار وليس للزارع
يد على الارض وانما يده على الزرع فلم يمنع منه ومنع بعض الاصحاب
الخلاف فيه وحمل الاول على ما اذا كان ثقة والثاني على غير الثقة حذارا
من الجحود وهذا ما صححه الماوردي في الثاني وقال صاحب التهذيب ان
الرهن لا يخرج من يد المرتهن بحال في المشهور اذا اراد الراهن اخذه
وان كان يعرض منفعة يدام استيفاؤها كالسكنى فيسكن فيه
وان كان منفعة تستوفى في بعض الاوقات كالاستخدام والركوب
فيستوفي نهارا ويرد ليلا وهل يجب الاشهاد عند كل اخذ ينظر
ان وثق المرتهن بالتسليم فلا والا اشهد عليه شاهدين انه

لا ينقص
على المرتهن
في المسألة وحمل
كتب

بأجرة للانتفاع وان كان مشهور العدالة موثوقا به عند
الناس فوجهان اشبههما انه يجيز بظهور حاله ولا يكلف
الاستعاذ لما فيه من المشقة وتحمل ما ذكرناه اذا اراد الراهن
شيئا من الانتفاعات التي تحوج استيفاؤها الى اخراج الرهن
من يد العدل فالركوب والاستخدام اما اذا لم يرد ذلك وكان
المرهون مشتبها ويتيسر اكتسابه في يد المرتهن لم يخرج من يده
هكذا قال الرافعي ثم قال من بعد وكلام الغزالي في الوسيط والوجيز
يدل على ان العبد لا ينزع من يد المرتهن اذا امكن اكتسابه وان طلب
الراهن منه للخدمة والاكثرون لم يتعرضوا لذلك ونصه كلامهم
انه له ان يستخدمه مع امكان الاكتساب واطلاق … ان الراهن
يستوفي المنافع بالمرهون لحاجة الخدمة والاكتساب وان
كان السفر قصيرا فالمنع من الخطر والحيلولة القوية من غير ضرورة
اما السفر لحاجة الرعي فسيأتي ولو اراد ان يزرع ما …
يستحصد قبل حلول الدين فهل يمنع منه فيه قولان او وجهان
ساقهما الماوردي على جواز بيع الارض المزروعة فان جوزنا البيع …
ذلك الا ان يختار المرتهن الصبر الى اوان الحصاد وقيل يجبر على القلع
في الحال وعلى الاول اذا حل الحق وكان في بيع الارض به ملا كلام
والا كلف قلع الزرع اذ ذاك الا ان … عليه او بيع الزرع
مع الارض ودفع الى المرتهن قيمة الارض وهي … ان يكون
الحكم ان … الارض بيضا ولا زرع فيها انما … به تعلق
حق المرتهن به حاجة … الاستقصاء … فيما اذا
… من الارض سنجر بعد الرهن ولو اجر المرهون مدة تنقضي بعد
حلول الدين وكان حالا ففي بعض الاصحاب فيها رواه ابن القطان

عن

سائه

٢٠٨

بناء تصحيح الاجارة على القولين في جواز بيع المستاجر وان لم
يجوز لم يصح والاصح وزاد الماوردي اذا لم يكن دون الاجارة عن
المرهون من الكتب ان ابا علي الطبري قال المسئلة على القولين في
زراعة ما لا يستحصد قبل محل الدين والمشهور بطلانها قطعا اما
اذا لم يجوز بيع المستاجر فظاهر واما اذا جوزناه فلان الاجارة تنقص
قيمته المستاجر ولا يعتد الراهن على ان السنة تحل او الزرع ثم القائلون
بالمنع لم يفصل الجمهور منهم وفي الحاوي والتتمة ان المسئلة الاولى
ان الاجارة تبطل فيما زاد على مدة الحلول وفي الباقي تخرج على تفريق
الصفقة قال الماوردي سواء رضي به المرتهن فيهما بعد او لم
يرض فحكم اجارته قبل حلول الدين حكم اجارته بعد حلول الدين ولو
مات الراهن في اثناء المدة التي جوزنا العقد عليها فحل الدين فالمحكي ان
وجهان … لا يستطيع ضارب المرتهن مع الغرماء يحكم في
الحال ثم اذا انقضت مدة الاجارة بيع الرهن في حقه فان فضل منه
شيء اخذه الغرماء هذا كله فيما اذا وقع عقد الاجارة من غير
المرتهن اما اذا اجره منه صح وجها واحدا ولا تبطل به الرهن وان
صدرت الاجارة قبل تسليم الرهن وتسليمه عنها وهكذا لو كان
مستاجرا ثم رهنه من المستاجر صح قال وان رهنه بدين اخر اي من
غير حبس الاول على المرتهن ففيه قولان اصحهما انه لا يجوز وهذا
هو الجديد لان رهنه … ولا يجوز رهنه بحيث … عند اخر
والثاني وهو القديم واختاره المزني انه يجوز لانه وثيقة على حق
ليس … عنه فجاز ان يزاد فيه كالضمان والشهادة وقد
قيل ان هذا القول يحكى في الجديد ايضا وانه المزني بان الشافعي
نص في المختصر على ان المرهون اذا جني … السيد واختار

المهذب ٥

الاحكام

المرتهن ان يقبضه ليكون رهنا حالة الاولى وبما قدمناه من
الارش بادر المرتهن صح قال الامام ومن بدايع الامور اختيار
المزني جواز ذلك مع ميله الى القياس في اختيار رايه وقد اجاب
الاصحاب عن الاول بانه يجوز ان يضمن الضامن دين غيره ولا
يدل الرهن فانه لا يجوز ان يجعل على دين غيره وعلى الشاهد
بسبع لحقوق حتى حملوا النص على جواز القول القديم ومنهم
من حمله على الجديد وهو الظاهر وفرق بان الذي نص عليه الشافعي
انما جاز لان الارش متعلق بالرقبة مع بقاء الرهن واذا رهنه به
بعد تعلق بالرقبة ما كان متعلقا بها وغيره من الديون لم يكن متعلقا
بها فلم يجز رهنه به ولان ذلك من مصلحة الرهن وحفظه على المرتهن.
والمال للجناية مسلمنا ومثار الخلاف في المسألة المستشهد بها
عند بعض من اثبته ان المشرف على الزوال اذا استدرك او صين عنه
يكون ابتداء لكنه كازالته واعادته او هو محض استدامة وفيه قولان
ماخوذان مما قال الامام من معاني كلام الشافعي ان قلنا بالاول
فيحتمل انهما توافقا على فسخ الرهن واستانفاه بالدينين وان
قلنا بالثاني فيه القولان اما اذا كان الدين الاول الف درهم والثاني
دنانير وقلنا انه يجوز نقل الحق هاهنا فيه وجهان اصحهما في
الاستقصاء انه يجوز ويجري الطريقان فيما اذا انفق المرتهن على الرهن
الرهن عند عجز المالك عن النفقة باذن الحاكم وشرط ان يكون مرهونا بهما
فرع لو اعترف الراهن بان المرهون
كما صرح به القاضي ابو الطيب
مرهون بعشرين ثم ادعى انه رهنه اولا بعشرة ثم بعشرة وناكره
المرتهن فعلى القديم لا يعتبر بهذا الاطلاق وعلى الجديد القول
قول المرتهن مع يمينه وفي الحاوي حكاية وجه ان القول قوله من

قوله من غير يمين ولو قال المرتهن في جوابه فسخنا الاول
واستانفناه بالعشرين فالقول قول المرتهن ايضا لاعتضاد جانبه
باقرار صاحبه او قول الراهن لان الاصل عدم الفسخ فيه وجهان
من هذا ان في تعليق السنجي وغيره وميل الصيدلاني الى الاول وعن
صاحب التقريب الاصح الثاني وصاحب البحر على ذلك لو قال الشاهدين
كان هذا رهنا بالف ثم جعلناه رهنا بالفين فيقبل الشاهدان ذلك الى
القاضي وهو لا يعتقدون مذهب المزني ولا علم بانه رهن بالقديم
ما المصرح الشاهدان بان الثاني كان بعد فسخ الاول وفي النهاية
حكاية وجه عن صاحب التقريب انه يلزمه الحكم بكونه رهنا فانه يحمل
الحاكم على ما يقبله الشهود على الصحة وهذا اذا لم يطلع الشاهدان
على شرح الحال فلو اقر الراهن عندهما بان هذا العبد كان رهنه عند
فلان بالف ثم رهنه بالف اخرى او جرى الرهن بحضورهما على ترافع
المتراهنان الى الحاكم وجب على الشاهدين ان يشهدا على تجلاة
مفصلا ان لم يكونا من اهل الاجتهاد وان كانا من اهل الاجتهاد
في ذلك فيه وجهان احدهما الجواز ويكون باعتقاد القول القديم كان
لهما ان يشهدا انه مرهون بالفين وان شهدا انه مرهون بالف
والثاني لا وهو قول ابي اسحق المروزي والاصح في الحاوي بل حالهما حال
لم يكونا من اهل الاجتهاد في شهادة طريقها الاجتهاد صرح به
الماوردي وفي النهاية ان الشاهد اذا كان يعتقد ان ذلك
لا يجوز واراد ان يشهد مطلقا وينقلا الراهن ان جعل هذا
رهنا بالفين فيقل لهما ذلك دعا صاحب التهذيب على ان
القاضي هل يقبل ذلك وان قلنا لا يقبله ولا ينظر الى اطلاقهما وان
قلنا القاضي يقضي بالمطلق من شهادتهما من غير بحث عنه وجهان

والاصح انه لا يجوز الاطلاق **قال** وان اعتقه ففيه ثلاثة اقوال
احدها العتق موسرا كان او معسرا لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق
الا فيما يملك ابن آدم وثبت العتق في المملوك والرهن مملوك للراهن
فوجب ان ينفذ عتقه فيه والثاني انه عين محبوسة لاستيفاء
حق فوجب ان يمنع صحة عتقه كالعبد المبيع في يد البائع
والعبد المستأجر والزوجة **قال** والثاني لا يعتق اي معسرا كان او
موسرا لان العتق معنى يبطل به حق الوثيقة عن الرهن مع بقائه فوجب
ان لا يصح من الراهن بغير اذن المرتهن كالبيع **قال** والثالث ان كان معسرا لم
يعتق وان كان موسرا عتق واخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه
لانه عتق في ملكه يبطل به حق الغير فاختلف فيه الموسر والمعسر
كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره وهذا هو الصحيح والمنصوص
عليه في المختصر والاول لم اجد من نصه في الجامع الصغير وهو
من كتب القديم على عدم النفوذ فيما اذا كان معسرا وان في نفوذه مع
اليسار قولان ومن نصه في الام على النفوذ اذا كان موسرا او على
قولين فيما اذا كان معسرا انما يظهر من ذلك ما ذكره الشيخ **التفريع** ان
قلنا بالنفوذ مطلقا فعلى الراهن قيمته يوم الاعتاق صرح به
الاصحاب وكان يتجه ان يخرج على الخلاف في وقت النفوذ واليه
اشار ابن يونس بقوله على الصحيح وان كان موسرا اخذت منه في
الحال وجعلت رهنا مكانه قال في التهذيب ولا يفتقر الى تجديد عقد
الرهن فافهم به الا فيما وجه ويتجه ان يجي فيه ما سلف في بدل
الجناية من بعد وفي النهاية انه لا يتم ذلك ما لم ينفصل المعتق
القابل عن جهة الغرم وانه جار في كل مال في الذمة حتى لو قال قصد
الايداع عند لوقع ودبعه **قلت** وكان يتجه ان يجي فيه الوجه الذي

بعدم فيما اذا

بعدم فيما اذا دفع الراهن الرهن الى المرتهن وقال قصدت
الايداع وقال المرتهن بل قصدت الاقباض عن الرهن ان القول
قول المرتهن لقرينة الحال وعلى ان يرجع فيهما ان العبد على
العتق حوى القرينة من جانب المرتهن وفي تعليق القاضي ابي الطيب ان
القيمة تجعل رهنا ان كان الدين مؤجلا وان كان حالا وفي مهنا الدين
الا ان يقول الراهن اعطي عن هذه القيمة فيكون له ذلك وان كان
معسرا انظر بيساره فاذا ايسر فان الحكم كما تقدم من وجوب ان
يكون الدين حالا او على بعض ما قاله ابو الطيب وكلام الشيخ في المهذب
موافق له فانه قال اذا ايسر وقد حل الحق طالبه ولا معنى
للرهن وان الراهن ولا ان يقول فاه ان اصل الرهن فلا يكون بالحال وقد
يكون بالمؤجل فلا بد للعبد من المصلحة اخذ القيمة رهنا وان حل
الحق الى ان يتيسر استيفاؤه ويشعر بصحة التفصيل وجوب ان يجري
مثله في القيمة التي توخذ من الموسر يعني في الجناية وهو اسهل على ما
في المهذب كما ذكرناه من قبل فان قلنا بعدم النفوذ مطلقا
فالرهن باق بحاله فلو انفك بالبراءة من الدين فهل لا او وجهان
الجمهور على انه لا يحكم بنفوذه ايضا والثاني وبه قطع القاضي انه
ينفذ كما في البائع فلذلك وان قلنا بالقول الثالث فالحكم في
حال الاعسار كالقول الثاني وفي حال اليسار حكى الامام عن
العراقيين خلافا في ان صفة نفوذ العتق فمنهم من خرج في وقت
نفوذه ثلاثة اقوال كما في عتق الشريك احدها يتعجل نفوذه بنفسه
بتوجه الغرم والثاني ان نفوذ العتق يقع مع غرامة القيمة للمرتهن
والثالث ان الامر موقوف على اداء الدين او قيمته رهنا مكانه
وهذا القول الثالث حكاه ابن الصباغ في كتاب الظهار عن ابي اسحق

ومنهم من قطع بالنفوذ في الحال وفرق بان عتق الراهن
صادف ملكه والعتق الذي نسريه في العبد المشترك ينفذ في ملك
الغير فيجوز ان يتوقف انتقال الملك فيه الى المعتق على نقل من ملك
الشريك على العوض وهذا هو الاظهر في الرافعي واختيار الشيخ اي
حامد كما حكاه ابن الصباغ في الظهار وقال ان ما صار اليه ابو اسحق من
زلاته وان القاضي ابا الطيب نصر ابا اسحق وقال هو نص الشافعي
واجراه مجرى الشريك اذا اعتق وبهذا الطريق جزم القاضي ابن كج وقبل
الطريقين تجري على ما حكاه الرافعي وغيره فيما اذا كان الراهن موسرا
وفرعنا على القول الاول ومن هذا يظهر انه لو كان معسرا النفل بالعتق
على هذا القول فهنا يتوقف مع اليسار **قال** وان كانت جارية
فاحبلها فعل الاحوال اي في انها هل تصير ام ولد في الحال ام لا وقد
سلف توجيهها لان الشيخ يقتضي التسوية بين العتق والاحبال
وهي طريقة الشيخ اي حامد وغيره وقيل الخلاف في الاستيلاد مرتبا
على العتق ثم اختلفوا فمنهم من جعل الخلاف في الاستيلاد اولى
بعدم النفوذ لانه لا يفيد حقيقة العتق وانما يثبت به حق العتق
وقيل ابو اسحق والاكثرون الاستيلاد اولى بالنفوذ لانه فعل
والافعال اقوى واشد نفوذا ولهذا ينفذ استيلاد المجنون
والمحجور عليه ولا ينفذ اعتاقهما وينفذ استيلاد المريض من راس
المال واعتاقه من الثلث **فرع** ان جعلنا الاستيلاد ولد
لم يبع الا بعد وضعها وسقيها الولد اللبا الذي لا يعيش الا به
واستغنائه بلبن غيرها وقد تقدم في البيع حكاية وجه في جواز
بيع الامة الحامل بالحر ولا يباع منها الا بقدر الدين وان نقص
منه الباقي بخلاف ما اذا العقود للرف في العبد وكان بقيمته ماية

وهو مرهون

وهو مرهون بخمسين وكان لا يشتري نصفه الا باربعين ويشتري
الكل بماية حيث يباع الكل دفعا للضرر عن المالك اللهم الا ان
لا يوجد من يشتري البعض فيباع الكل للضرورة واذا بيع البعض
ونقص عنه المرتهن انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاد
فيه واذا ماتت الامة من الطلق غرم الراهن قيمتها وعن ابي علي
الطبري وغيره انه لا يجب القيمة لان اضافة الهلاك الى الوطي بعيد
واضافته الى علل وعوارض يقتضي شدة الطلق اقرب قال الامام
ولا خير في هذا الوجه فلا تغتروا به وعلى المذهب اي وقت يعتبر
القيمة فيه ثلاثة اوجه اصحها وقت الاحبال والثاني وقت التلف
والثالث اكثرهما كالمبين وقت الاحبال الى وقت التلف ولو نقصت بسبب
الولادة ضمن ارش النقص ويتعلق به ما ذكرناه في قيمة المعتق **قال**
الا انها اذا بيعت بعد ما احبلها ثم ملكها ثبت حكم الاستيلاد
وان بيعت بعد ما اعتقها ثم ملكها لم يثبت العتق والفرق ان الاعتاق
قول يقتضي العتق في الحال فاذا رد لغى بالكلية والاستيلاد فعل لا
يمكن رده وانما منع حكمه لحق الغير فاذا زال عمل عمله وهذا هو
الصحيح في الطريقين وقد حكى ان الحكم في الاستيلاد يخرج على العتق
فيما اذا احبل جارية الغير بشبهة ثم ملكها وان اختيار المزني
منهما عدم النفوذ وهذه الطريقة اظهر عند الرافعي وحكى وجه
اخر في نفوذ حكم الرهن **تنبيه** اذا عرفت من كلام الشيخ ان حكم
الاستيلاد ينفذ اذا ملكها بعد البيع مع انه ملك جديد على
راي عرفت نفوذه من طريق الاولى اذا زال الرهن والملك باق
وقد جزم بذلك بعضهم ولبعضهم جرحه على الخلاف ايضا

فرع لو علق عتق عبده المرهون بصفة صح وان علقه بصفة
اخرى فوجدت قبل الفكاك نفذ على الاقوال وان وجدت بعد
الفكاك فوجهان اصحهما النفوذ ولو رهن نصف عبده ثم اعتق
النصف الاخر او اعتق نصفه مطلقا عتق ما ليس بمرهون وهل
يسري الى المرهون ان منعنا عتق الراهن فيه وجهان اصحهما انه
يسري كملك الغير وعلى هذا يفرق بين الموسر والمعسر صرح به الامام
عن المحققين وفي التتمة انه يسري بكل حال لانه ملكه ولو دبر المرهون
جاز ثم ينظر اذا حل الدين ولم يكن له مال غيره بيع في الدين وان كان
له مال غيره وامتنع من بيعه ومن الرجوع في التدبير فالى الاستقصاء
قضى الدين من ماله وبقي على التدبير وان مات الراهن قبل الحلول حل
وبه يخرج المدبر من ثلثها قضى دينه وعتق وان لم يخلف سواه واستغرق
الدين قيمته بيع فيه وان لم يستغرق قيمته بيع منه بقدر الدين وكان
حكم الحلف في باقيه وقيل ان التدبير كالعتق وهذا ما حكاه في
التتمة ... والمنصوص منهما في الام انه يصح
ولو وقف المرهون ففي صحته طريقان احدها انه كالعتق لما فيه من
القربة والظهر القطع بالمنع ويفارق العتق لقوته بالسراية
وغيرها وقال المتولي ان قلنا ان الوقف لا يحتاج الى القبول فهو كالعتق
وان قلنا يحتاج اليه فيقطع بالمنع واعلم ان جميع ما منع منه
الراهن مفروض فيما اذا صدر بغير اذن المرتهن اما اذا اذن فيه
فلا منع منه ولا غرم بعد نعم لا يفيد اذنه في البيع صور منها
ان ياذن فيه بعد حلول الدين لاجل الوفا او مطلقا فالثمن يتعلق حق
المرتهن به ولا يحل للراهن البيع لاجل الوفا الا باذن المرتهن او
نائبه او الحاكم ان تعذر اذنهما واذا اذن فليبعه بشرطان متفق

في غيره

بلغ

عليهما

٢١٢

عليهما وهو ان لا يبيع بمؤجل ولا بما يتغابن بمثله الا باذن المرتهن
فان خالف بطل العقد وثالث مختلف فيه وهو حلول شرط الخيار
بلا ثمن غير اذن والاصح انه يجوز وعليه ان لا يسلم المبيع الا بعد
قبض الثمن فان سلمه قبل قبضه ضمن صرح به الماوردي فرع لو كان
نصف الدين حالا والنصف مؤجلا فان باع الكل في عقد واحد
اعتبرنا الشروط المذكورة وان باعه في عقدين اعتبرنا في احدهما
دون الاخر ومنها ان يكون الدين مؤجلا فياذن في البيع ليعجل
له فالاذن فاسد على المنصوص وكذا يفسد به البيع لفساد
الشرط وعن ابي اسحق تخريج قول انه يصح ويجعل الثمن رهنا مما
اذا اذن في البيع بشرط ان يجعل الثمن رهنا فان في ذلك قولين
سواء كان الدين حالا او مؤجلا اصحهما عند المحاملي والغزالي
والماوردي فساد الاذن ولا يصح البيع وهو المنصوص عليه في
الام ومقابله في الاملاء وقد قدح قادحون في تخريج ابي اسحق
من حيث ان الشرط في هذه المسالة صحيح على قول لصحة الاذن المقابل له
بخلاف مسالة التخريج وبعضهم قدح في صحة النقل وقال المعقول
فيما روي عن ابي اسحق على ما نقل في شرحه ولم يوجد هذا في
شرحه وانما حكاه الامام عن العراقيين ومثل الخلاف في المسالة
المخرج منها يجري فيما لو اذن في الاعتاق بشرط ان يكون القيمة
رهنا او في الوطي بشرط ان يجعل الولد رهنا ولا نزاع في انه اذا رجع قبل
البيع وللماذون فيه صار كما لو لم ياذن وكذا لو كان اذن في
الهبة والرهن والاقباض ثم رجع قبل الاقباض ولو رجع بعد
البيع في زمن الخيار لم يوثر رجوعه على اصح الوجهين ولو رجع
ولم يعلم الراهن حتى تصرف ففيه خلاف ولو اختلفا في الاذن بعد

اي اسحق

احبل

التصرف فالقول قول المرتهن مع يمينه وهل ينفسخ اذنه برجوع
الراهن فيه وجهان والقياس المنع ولو نكل عن اليمين حلف الراهن
فان نكل فهل ترد اليمين على العبد اذا كان التصرف عتقا او الجارية
ان كان بعد احبالها فيه طريقان احدهما وبه قال ابن القطان نعم
فلو كان جاز نكل الوارث عن يمين الرد فهل يحلف الغرماء والاصح منهما
على ما حكاه الامام عن العراقيين عدم الرد والثانية الطريقين
وبه قال ابو اسحق والقاضي ابو حامد القطع بالرد ولو اختلفا
في صفة الاذن فقال الراهن اذنت بشرط ان يكون الثمن رهنا وقال الراهن
بل اذنت مطلقا قال الرافعي القول قول الراهن مع يمينه ثم ان كان
الاختلاف قبل البيع امتنع والا فان صححنا الاذن فعلى الراهن
رهن الثمن وان افسدنا الاذن فان صدق المشتري المرتهن فالبيع
مردود والرهن باق وان كذبه مع اعترافه باصل الرهن فعليه
رد المبيع وان انكر اصل الرهن حلف ونفذ البيع وعلى الراهن
ان يرهن قيمته قلت وكان يتجه على القول بفساد الاذن ان يكون
القول قول الراهن على قول العلماء اذا اختلفا في شرط يفسد
العقد لانهما اختلفا في شرط يفسد الاذن وقد حكاه الامام عن
بعض اصحابنا انه جعل ما ذكره ان اصل الاذن متفق عليه على
والمرتهن يدعي ضم زيادة الى الاذن والاصل عدمها وهذا يطرد
قول صحة الشرط ومقابله وما ابديته خاص بقول الفساد
ولو اتفقا على الاذن وعلى صدور الرجوع منه واختلفا هل
حصل التصرف قبل الرجوع او بعده فالقول قول المرتهن على الصحيح
وقيل قول الراهن لقوة جانبه بالاذن الذي سلمه المرتهن وفي
المهذب ان الراهن ان قال اولا تصرفت باذنك وقال المرتهن

انت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه ولو انكر الراهن
اصل الرجوع فالقول قوله مع يمينه وعلى الصحيح اذا تعذر رد
الرهن كان على الراهن غرم قيمته تكون رهنا مكانه او قصاصا
فرع لو اذن المرتهن للراهن في الوطء فاتت الامة بولد وادعى الراهن
ان الوطء المأذون فيه وانكر المرتهن حصول الوطء فثلاثة اوجه
احدها ان القول قول الراهن لانه ماذون له في امر يقدر على
انشائه فقبل منه الاقرار به والثاني القول قول المرتهن لان
الاصل عدم الوطء فصار كالمعلق طلاق زوجته على زناها فادعته
فانه لا يقع الطلاق على المذهب وفرق القائل الاول بان الراهن
مسلط على التصرف بالوطء فقبل اقراره لانه من تسليطه وهذا المعنى
لا يتحقق في تعليق الطلاق وان كان بدخول الدار فانه ليس منه
تسليط على امر وتوليه في شيء والثالث ان كان الراهن ابتدا بدعوى
الوطء فالقول قوله وان كان الراهن ابتدا بدعوى عدم الوطء فالقول
قوله وهذا ما اختاره القاضي الحسين وهو ضعيف عند الامام
ولا خلاف في ان المرتهن اذا اعترف بالوطء وان الولد منها وامكن
ان يكون من وطئه السابق نفوذ الاستيلاد قال وان جنى المرهون
عمدا اي يوجب القصاص اقتص منه لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
الى اخرها ولان القصاص موضوع للانتقام والردع وحراسة
النفوس قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة وذلك اقوى من حق
المرتهن وعنده ولا فرق في ذلك بين ان يكون الجناية على اجنبي او
على المالك الراهن في نفس او طرف لان المالك الى الانتقام من عبده
احوج منه من غيره لان العبد يحصل في نفسه على سيده حقد في
استخدامه وتاديبه فكان اهل للسيد ان يستوفي منه القصاص بنفسه

اذا استحقه او السلطان يستوفيه له فيه وجهان في الحاوي
قال وان جنى خطأ اي على اجنبي او عمدا وعفي عنه على مال او
لطلوع العفو وقلنا مطلقه يقتضي المال قال بيع في الجنايه اي يحمله
ان كان ارشها يستغرق قيمته او بقدره ان نقص عنها وامكن لان
حق المجني عليه مقدم على حق المالك فلان يقدم على حق المرتهن كان
اولى ولا يسقط حق المرتهن بالجنايه بل بالبيع فيها حتى لو عفي مستحق
الارش عنه بقي حق المرتهن بحاله ثم هذا اذا كانت الجنايه بغير اذن
السيد ولم يجبر السيد ولا المرتهن الفدا فلو كانت باذن السيد نظر
ان كان العبد يعتقد وجوب طاعة السيد في ذلك لاعجمي فالجاني
هو السيد وعليه القصاص او الضمان لكن هل يتعلق الارش برقبته
فيه وجهان منقولان في الرافعي وغيره واظهرهما المنع وعلى مقابله اذا
بيع في الجنايه فعلى السيد ان يغرم قيمته لتكون رهنا مكانه ويقتضي هذا
الاطلاق انا على قول التعلق يبيع في الجنايه موسرا كان السيد او معسرا
وفي الشامل وغيره من كتب العراقيين بعد حكايه ان العبد لا يتعلق به شي
ان من اصحابنا من قال يباع العبد في الجنايه اذا كان السيد معسرا الا
مال له غيره فان لم يكن الاطلاق محمولا على هذا كان في ذلك وجها
ثالثا وان كان يعرف ان طاعة السيد في ذلك لا تجوز فهو كما لو لم
ياذن له السيد ويستوي في ذلك البايع وغيره ولو اختار الراهن
او المرتهن الفدا امتنع البيع وبكم يفدى فيه قولان احدهما
اقل الامرين من ارش الجنايه وقيمته والثاني بارش الجنايه اما
اذا جنى على السيد او من يتعلق به فينظر ان جنى على طرف السيد فلا
ارش له وان كان عمدا وعفي على مال لان السيد لا يثبت له على عبده مال
وبقي الرهن كما كان وحكى المحاملي والبندنيجي والشيخ في المهذب عن ابن سريج

ومقتضى

روايه قول

روايه قول انه يثبت له الارش ويتوسل ببيعه الى فك الرهن
وغيرهم حكاه وجها عن ابن سريج وان جنى على نفس السيد وفي
ثبوت الارش اذا كانت الجنايه خطا او عمد خطا وقد عفى الوارث
على مال قولان حكاهما المحاملي وغيره عن نصه في الام واصحهما
في تعليق القاضي ابي الطيب وغيره انه لا يثبت وحكى ابو علي ابن
ابي هريره والشيخ ابو حامد وتابعهما الماوردي القولين على ان
الديه تثبت للوارث ابتدا ام تلقيا ان قلنا بالاول ثبت المال لاستيفا
من جنايته على الغير قال الماوردي وعلى هذا يباع العبد ويصار ثمنه
الى التركه ليقضي منها ديون السيد الراهن وتنفذ منه وصاياه
ويكون المرتهن في ثمنه وسائر الغرما اسوة ما لم يكونوا في جميع التركه
ولو قلنا بالثاني لم يثبت لانه يثبت للقتيل حتى يتلقى عنه وحكى العمراني عن
القفال انه قال في كون هذا البنا وانا اذا قلنا ان الديه تثبت للوارث
ابتدا ينبني على ما لو جنى على عبد في ملكه هل يستدام الارش الى ان
يعتق او يسقط وفيه خلاف سنذكره وانه قال في كونه اخرى لا
تثبت له الارش اذ لو ثبت بعد موت المورث فهو عقب موته بدل
في ملكه وهذا ما اختاره القاضي الحسين وجزم به وحكى ابن الصباغ
عن الاصحاب ان الخلاف ليس بصحيح وعلى ذلك جرى الغزالي في البسيط
وزاد فادعى نفي الخلاف فيه وانه لم يخرج على ان الديه تثبت للوارث
ابتدا او تلقيا ووجهه بامر اخر وهو انا وان قلنا ان الديه تثبت
للوارث ابتدا فلابد من امكان الملك للمورث ولا امكان ههنا ولو
جنى على ابن السيد ومن يناسبه نظر ان كان على طرفه فله منه الارش
والعفو على مال اذا كانت الجنايه عمدا فلو مات العبد او عجز المكاتب قبل
الاستيفاء وانتقل حقه الى السيد الراهن كان له بيعه في حقه كما كان

اوعمدا

دنه

وجميع

علسه

للمورث ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتدا وحكى الامام
مع هذا وجها اخر وصححه موافقا فيه الصيدلاني انه حالا ينتقل
اليه سقط حقه ولا يجوز ان يثبت له عند استدامة الدين حالا
يجوز ان يثبت له ابتداء ويشبه الخلاف فيما اذا اتلف له عبد غيره
مال ثم ملكه هل يسقط او يبقى حتى يتبعه به بعد العتق والاقيس في
تعليق القاضي الحسين السقوط وهو الصحيح في شرح فروع ابن الحداد
في باب الحواله ومن الرافعي في الفصل الخامس من تزويج العبيد ان الصحيح
انه لا يثبت وكلام ابن الصباغ في الحواله يرشد اليه قال الامام وهذا
ما استملت عليه الطرق ولعل التشبيه لا يعتمد واتفق عليه الاصحاب
وكانهم تواصوا فيه وهو في نهايه الاشكال من جهه ان المالك في
العبد مستدام والارث ان اثبت له ملكا ابتدا جديدا على مملوكه فكيف
يكون الاستحقاق والطاري على المال يلتفت الى الملك الطاري
على الاستحقاق ثم اجاب بان الدين اذا ثبت لغيره منتقله اليه
بالارث ادامه لما كان حال ابقاء الدين الذي كان له على عبد الغير
بعد ما ملكه اذا دامه لما كان فانتظم التشبيه من هذا الوجه
ولهذا المعنى اشار الغزالي بقوله والارث دوام وان كان على نفسه
وفي الحاوي حكاية عن النص في الاقرار ان له ان يعفو على الديه وفي
الرافعي بنا ذلك على ان الديه تثبت للوارث ابتدا او تلقيا فعلى الاول
لا يثبت على المذهب وعلى الثاني يكون على الوجهين في قطع الطرف
ولو جنى على عبد اخر للراهن نظر ان لم يكن مرهونا فالحكم كما لو جنى على
السيد والحكم في القن وام الولد والمدبر سوا وان كان مرهونا نظر
ان كان عند اجنبي فللراهن القصاص ان كان عمدا او العفو على مال
لحق المرتهن ويتعلق برقبته وكذا لو كانت خطا ولو عفى بغير مال فان

قلنا موجب العمد

موجب العمد احد الامرين وجب المال ولم يصح عفوه عنه
الا برضى المرتهن وان قلنا موجبه القود عينا فان قلنا ان
مطلق العفو لا يوجب المال صح العفو ولم يجب المال وان قلنا
يوجبه ففيه وجهان اصحهما انه لا يثبت لان القتل لم يوجبه
وانما يوجبه العفو المطلق والعفو على مال وذلك نوع
اكتساب وليس عليه الاكتساب للمرتهن وان عفى مطلقا فان
قلنا ان مطلق العفو يوجب المال ثبت اما على الجديد او على القديم
وان قلنا لا يوجبه صح العفو بناء على القديم وبطل رهن المرتهن القتيل
وبقي القاتل رهنا كما كان ولو امتنع من القصاص والعفو في الحال
ففي الاجبار عليه طريقان احدهما الخبر ليكون المرتهن على ثبت
من امره والثاني ان قلنا موجب العمد احد الامرين اجبر وان
قلنا موجبه القود فلا وهذه الابحاث بعينها تجري فيما لو
جنى على العبد المرهون اجنبي عمدا ثم وجب المال في مسلسل وكان
اكثر من قيمة القاتل او مثلها ففيه وجهان احدهما ان القاتل يصير
مرهونا عند مرتهن المقتول واظهرهما وهو اختيار القاضي الحسين
انه يباع ويجعل الثمن رهنا عنده لان حقه في ماليته العبد لا
في العين وقد يرغب راغب بزياده فيتوفر على المرتهن القاتل تلك
الزياده وقوى الماوردي على تصحيحه الا ان يقطع بنفي
الزياده وان كان اقل فعلى الاول ينتقل اليه من القاتل بقدر الواجب
وعلى الثاني يباع منه بقدره الا ان يتعذر بيع البعض او ينقص
قيمه الباقي فيباع الكل ويكون الفاضل مرهونا عند مرتهن القاتل
وهذا ما حكاه الماوردي وابن الصباغ والمحاملي معرجا بهم
الوجهين في الصوره المتفق منهم والوجهان محلهما اذا طلب

الراهن نقل الوثيقة الى القاتل والمرتهن بيع القاتل اما اذا
انعكس الحال فالمجاب الراهن ولو اتفقا على احد الطريقين
فليس لمرتهن القاتل المنافسة وطلب البيع قال الرافعي وقضيته
الوجه الثاني ان لا يطهر الوجهين اذ له ذلك وان كان القاتل مرهونا
عند مرتهن المقتول فان كان لدين واحد فلا مستدرك وان كان بدين
اخر نظر فان استويا في الحلول والتاجيل والجنس والاستقرار او
عدمه والقدر واستوت قيمة العبدين فالجناية هدر اذ لا
فائدة في نقل الوثيقة وان اختلفا في الحلول والمؤجل هو الراجح والنص
نخالفه وبه قال عامة الاصحاب والاختلاف في الاستقرار لا غير ينظر
فيه ان كان المستقر ما رهن به القاتل فلا معنى للنقل وان كان ما رهن به
المقتول فعلى التنازل جنايه وجهين عن روايه ابي اسحق وان اختلفا
في القدر لا غير نظر فان كان المقتول مرهونا باكثر فللمرتهن حق نقل الوثيقة
وان كان باقلهما فالجناية هدر وان اختلفت قيمة العبدين لا غير فان
كانت قيمة المقتول اكثر فالجناية هدر وان كانت اقل نقل القدر الزائد
وبقي الباقي مرهونا بما كان وحيث قلنا ينقل الوثيقة فيقام ثمنه مقام
القتيل او عينه فيه الوجهان السابقان وان قلنا لا ينقل الوثيقة
فلو قال المرتهن ابي لا امنه وقد جنى فبيعوه وضعوا ثمنه رهنا مكانه
فهل يجاب الجميع روى الامام فيه وجهين قال وان اقر على العبد
بجنايه الخطاء اي نسبها الى ما قبل الرهن وصدقه المقر له وكذبه
المرتهن قبل في احد القولين انه اقر في ملكه بلا تهمة لحصه
فيقدم قبله كما في غير المرهون ولان الرهن يوجب حجرا لحق الغير فلا
يمنع من نفوذ الاقرار من العبد كالمريض اذا اقر بجنايه في رقبه
عبده قال ولا يقبل في الآخر لانه محجور عليه في التصرف فيه فلا

سعد العام

فلا يقبل اقراره فيه كالسفيه وهذا هو الصحيح واختاره في
المرشد قال ابن الصباغ وما قاله الاول من عدم التهمة فغير مسلم
لان التهمة بلحقه في ابطال الرهن ومواطاه المقر له فلم يقبل قوله
قال الرافعي ثم اقرانه كان مغصوبا او جانيا يجري الخلاف فيما لو
اقر بانه رهنه واقبضه من فلان السابق او اعتق العبد او
غصبه او اشتراه شراء فاسدا او باعه قبل الرهن وفي تعليق
ابي الطيب في باب التفليس حكايه قولين فيما اذا اقر المفلس بعد
الحجر بان قبل الحجر كان في مشارده المولية للغرماء قولان اصحهما
المشاركة ثم قال وهما يعينهما جاريان فيما لو رهن شيئا ثم اقر بانه
ملك غيره وهذا يقتضي ان الصحيح منهما قبول الاقرار وقال ابن الصباغ
فيما اذا حرر فيه كان ينبغي ان يجوز لنا حمل اقرانه ان كان معسرا المستغل
اقراره بالعتق وان كان موسرا نفذ ويجري مجرى الاعتاق وهذا قد ابداه
غيره قولا وبعلمه الامام في الصور كلها وجعلها بلا نزاع قال
وان علل الثالث بانه ان يغرم قيمه المرهون ليوضع رهنا فانه يستند
الى بطلانه بقوله وحكي ان بعض الاصحاب اجرى الخلاف فيما لو باع
ثم اقر بما يبطله وان تسخن رمز اليه ونقصله ان الرافعي حكى ايضا
في اواخر التحالف ان المشتري اذا رد المبيع بعيب ثم قال البائع كنت
اعتقته يرد الفسخ ويحكم بالعتق ومع هذا فقد قال الامام انه
هفوة لا يعتد به فانما اقر بما هو خارج عن ملكه بخلاف اقرار
الراهن ثم قال وقد يعترض الناظر ان الراهن اذا اقر بكونه غاصبا
فليس اقراره في محل ملكه على زعمه وفيه الاقوال ويجري الخلاف
فيما لو اقر بانه كان استولدها سابقا على الرهن وفيما لو انشأ الجارية بولد
فاقر انه منه من وطء قبل الرهن ولم يقر بانها علقت ولم يكن ثم

ثم تلبية على الوطء وحكى الامام في هذه الصورة وجها
فارقا بين ان تاتي بالولد لستة اشهر فما دونها من وقت
الاقباض وبين ان تاتي به لاكثر من ذلك فان كان ثم بينة
على الوطء حكم بالاستيلاد اذا اقامها او اقامتها الامة
ولا نظر الى اقامة البينة لا يلزم منها الشهادة بالعلوق
لان العلوق غيب فلا شيء يدار عليه الحكم الا الوطء وكذلك
اذا اعترف بوطء مملوكته التي في يده لحق الولد في زمن الامكان
وان لم يجر منه اقرار بالعلوق واعلم ان الخلاف في قبول
الاقرار بالعتق والاستيلاد متفرع على القول بان عتقه واستيلاده
نافذ اذا صدر في حالة الرهن من حيث انه قادر عليه حسا وممنوع
منه شرعا كما جرى في قبول اقرار السفيه بالاتلاف لاجل ذلك
اما اذا قلنا عتقه واستيلاده لا ينفذ فلا يقبل اقراره وجها
واحدا اشار الى ذلك الامام التفريع ان قلنا بالاول فهل
يحلف الراهن فيه قولان في الحاوي في الرهن وفي الشامل وجه
عدم التحليف وهو اختيار القاضي ابي الطيب انه لو رجع عن الاقرار
لم يقبل رجوعه ومقابله هو اختيار الشيخ ابي حامد وعلى الوجهين
اذا حلف حكمنا ببطلان الرهن على الصحيح من المذهب في ان رهن
العبد الجاني جناية خطأ لا يجوز حتى لو فداه السيد وبيع في
الجناية وفضل من قيمته شيء لا يتعلق به حق المرتهن وفي الحاوي وغيره
حكاية قول اخر معزي الى الاملاء ان على المذهب حق المرتهن يتعين
فيما فضل من العبد اذا فداه السيد واذا نكل الراهن عن اليمين فهل
ترد اليمين على المجني عليه او على المرتهن فيه وجهان في الحاوي
والمشهور منهما وبه جزم اكثرهم انها ترد على المرتهن فان ردها

على المجني عليه

على المجني عليه فحلف كان حلف الراهن وان نكل بقي الرهن
فان رددناها على المرتهن فحلف استمر الرهن وحكى الرافعي
وغيره ان فائدة حلفه على قول حكاه الصيدلاني وغيره ان يغرم
الراهن قيمته لتكون رهنا مكانه ويباع العبد في الجناية
باقرار الراهن وعلى الاول وهو الصحيح هل يغرم المجني عليه على
الراهن ارش الجناية فيه قولان وان نكل فهل ترد على المجني عليه
فيه وجهان وعلى القول الثاني يحلف المرتهن على نفي العلم بالجناية
واذا حلف استمر الرهن وهل يغرم الراهن للمجني عليه شيئا فيه
قولان اصحهما وهو اختيار المزني نعم وان نكل عن اليمين فهل ترد على
المجني عليه او على الراهن فيه قولان اصحهما في الشامل الاول
فان رددناها على المجني عليه فلا شيء له على الراهن لانه قادر
على حقه بعينه لكن العبد اذا عاد اليه تعلق حقه برقبته وهل يحلف
الراهن فيه وجهان وان رددناها على الراهن حلف وبيع العبد في
الجناية وان نكل فهل ترد على المجني عليه فيه وجهان يخرجان من غرماء
المفلس فان لم نردها عليه فهل يغرم الراهن شيئا للمجني عليه فيه القولان
وفي قدر ذلك المغروم طريقان احدهما حكاية القولين في فداء العبد الجاني
والثاني القطع بانه لا يغرم الا اقل الامرين كما في ام الولد وهذا ما
قال به الاكثرون اما اذا اقر عليه بجناية خطأ صدرت بعد لزوم
الرهن قال الرافعي فالقول قول المرتهن ولا غرم عليه وحكى ابن كج
وجها اخر انه يقبل وفي الجيلي اجراء ما ذكرناه من القولين في هذه الصورة
ايضا وسياتي في باب الفلس حكاية طريقة مثل هذه فيما اذا اقر المفلس
بدين [illegible] القاضي الحسين في تعليقه في هذه الصورة احتمالين احدهما
الحاقها بالصورة الاولى والثاني انه يقبل في الحال لان الجناية تثبت على الرهن

ورايت في كلام الامام ما يقتضي ان يكون الخلاف في هذه الصورة
مرتبا على الخلاف في الصورة السابقة فان قلناه ثم فهاهنا
اولى وان لم نقبله ثم فهاهنا وجهان فانه قال بعد ما حكيناه
من التصريح في الصورة الاولى وقال بعضهم اقراره مقبول لتقدم
الجناية وانه لا منافاة بين تصحيح اقراره بتقدم الجناية وبين
الرهن وهو مطلق وهو ما من مملكة من ماله وليس هذا كما لو ادعى على
ان رهن الجاني مردود فانه اذا رهن واقبض ثم ادعى او ادعى ان يتضمن
مناقضة ما قدمه من عقده واقباضه فلم يقبل منه وذهب
بعضهم الى رد اقراره هذا ايضا فان اقراره لنقض تفضيل المرتهن
والرهن اذا انبرم بالقبض فمقتضاه لزوم حق المرتهن فاذا ادعى ما
يناقضه قوله ومضمون فعله انتهى وما ذكره دليل على ما قلناه
للمشاركة في المعنى المذكور واذا الاذن المتولد المقرفيها اقرب في الرهن
بحاله بلا خلاف **فرع** لو اقر بجناية ينقص ارشها عن قيمة العبد
ومبلغ الدين فالقول في محل الارش على الخلاف السابق وان قبلناه
زاد على ذلك لظهور التهمة وقيل يطرد الخلاف فيه واعلم ان الشيخ
احترز بقوله وان اقر عليه بجناية الخطا عما اذا اقر عليه بجناية العمد
فانه لا يقبل وجها واحدا لان اقرار العبد بها مقبول مع كذب السيد
وان اضربه لنفي التهمة ولمستحق القصاص العفو على مال ويثبت في
رقبة العبد يباع فيه ويقدم على حق المرتهن الا ان يفدا كما تقدم
ثم تعلق القاضي الحسين ان العفو في الدم يبنى على ان موجب
العمد القود او الدية او احدهما لا بعينه او القود عينا فان قلنا
بالاول ففيه خلاف مبني على ما اذا اقر بسرقة مال او قلنا بالثاني
الصلح من جنس انه اقر بالسرقة اقر بشيئين القطع والمال ولم يقبل

في المال من الحال لحق المولى وفي مسئلتنا الاقرار باحد الامرين لا
بعينه ولم يكن في علمه انه باحذ المال دون القصاص من ان ابعد
عن التهمة وان قلنا بالثاني ابتنى على ان مطلق العفو على هذا هل
يقتضي المال فان قلنا يقتضيه صح وتعلق برقبته وان قلنا لا
يقتضيه فهو مرتب على قولنا الواجب احد الامرين واولى بالثبوت والوقف
ان اصل القتل ما اوجب المال **قال** وان جنى عليه تعلق حق المرتهن
بالارش اي اذا ثبت اما في صورة الخطا او عمد الخطا او قتل من لا يكافيه
او عمد وحق القصاص وعفو السيد عفوا يوجب المال كما قدمناه
ووجهه ان الارش بدل الجزء الفايت فقام مقامه في تعلق الحق به
والقابض للمرتهن الرهن من جهة المجني عليه قال الماوردي وليس للراهن
قبضه وهل يحتاج الى استيناف رهن فيه ظاهر كلام الاصحاب انه
لا يحتاج وفي الرافعي في كتاب الوقف حكاية خلاف فيه وعلى الاول هل
يوصف قبل الاخذ بانه مرهون فيه خلاف فمن منع قال لانه دين
والدين لا يرهن ومن جوز هذا الاطلاق قال هو مال **قلت** وينبغي
ان يكون ما ذكره الخلاف في الخلاف في ان رهن الدين ابتداء هل يجوز ويجوز
ان يكون هذا مبنيا على المذهب في منع رهن الدين ويغتفر في الدوام
ما لا يغتفر في الابتداء ولا فرق في الجناية بين ان يذهب قيمة المرهون
او بعضها فلو ادهنت جرا ولم ينقص القيمة شيء كما اذا قطع
ذكر العبد ففي الحاوي ان القيمة الواجبة بهذه الجناية تختص بالراهن ولا
يتعلق بها حق المرتهن كالنماء **فروع** احدها لو ضرب الجارية المرهونة
ضارب فالقت جنينا ميتا فعلى الضارب عشر قيمة الام ولا
يكون مرهونا لانه بدل الولد وان دخلها نقص لم يجب بسببه شيء
اخر ولكن قدر ارش النقصان من العشر يكون مرهونا قاله

الرافعي وكلام صاحب الاستقصا والقاضي ابي الطيب يقتضي
انه لا يكون شي منه مرهونا في هذه الحالة ايضا وقد حكاه
الامام عن العراقيين صريحا قبيل باب الرهن الجميل فيما اذا
نقصت نقصانا عايدا الى صفتها لا زايدا على مزايلة الولد
واشعر توجيههم ذلك بان الولد ليس مرهونا ونقصانها يندرج تحت
بدل الجنين ويصير نقصانها بمثابة نقصان بآفة سماوية ثم قال
وهذا حسن لطيف **الثاني** لو القت جنينا ومات ففيهما على الجاني
فان اوجبنا قيمة الجنين حيا وارش الام ان نقصت فيتعلق حق المرتهن
بالارش وفي الثاني اكثر الامرين من ارش النقص او قيمة الجنين فعلى هذا
ان كان الاكثر قيمة الجنين فقدر الارش من المأخوذ حق المرتهن يتعلق به
وان كان الاكثر الارش كان حق المرتهن متعلقا بجميعه حتى لو عفى الراهن
عن الارش لا يصح وفيه قول ان العفو موقوف فان حل المال من الحال
فان انفك الرهن تبين نفوذه في الجاني وبان صحة العفو والا بان بطلانه
كذا حكى الرافعي وقول وقف العفو هو الذي حكاه الشيخ ابو محمد في الاستقصاء
ونقلوا القاضي ابي الطيب حكاية القولين من الاصل على غير هذا الوجه
احدهما ان الواجب قيمة الولد والحق ارش النقص لانه يدخل فيه وقد
يتعلق حق المرتهن بذلك والثاني يجب اكثر الامرين من قيمة الولد حيا
وما نقص من قيمة الام وان كانت قيمته حيا اكثر وجب للراهن ولا
يتعلق بها حق المرتهن ويصح عفوه عنه وان كان ما نقص اكثر
كان رهنا قال الامام والوجه ان يخرج على ان الحمل الموجود يوم
الرهن هل يدخل تحت الرهن ام لا فان قلنا انه داخل فيحتمل ان يكون
المأخوذ من الجاني رهنا ههنا وان قلنا لا يدخل فان اوجبنا
فيه الجنين لم يكن رهنا وان اوجبنا نقصان الولادة فالمسألة

نقصت

ثبات القولين في

ذلك مع

قلنا ان

محتمله

محتمله والاصح عندي انه لا يكون رهنا وقد يظهر لك من
مجموع ما حكيناه ان في المسألة خارجا عما ابداه الامام من عند
نفسه اربعة اقوال لكن قد لا يظهر لك من بعد ان قال القايل
ليس في المسألة الا قولان نعم ما ذكره من الاهلاك يحمل على حالين
يرشد اليهما كلام الامام فانه حكى عن العراقيين اللذين حكيناهما
عن رواية ابي الطيب وقال والذي يجب الاعتنا به تحقيق صورة المسألة
فاذا كانت هي ماخض تساوي مائة واذا ولدت صارت تساوي
سبعين ولم يظهر فيها نقص الا ان الولد زايلها فنقص لذلك لا
لعيب حل بها الولادة ثم استهل الولد حيا وعليه اثر الجناية ثم مات
والذي حكاه ابو الطيب وغيره محمول على هذه الصورة والذي حكاه الرافعي
محمول على ما اذا نقصت نقصانا زايدا على مزايلة الولد **قلت** كلام الامام
في الفروع حكاية عن العراقيين يأبى تصوير العراقيين هذه المسألة هكذا
بما ذكره بل يقتضي التصوير بما حملت عليه كلام الرافعي فانه حكى عنهم
ان نقصانها الزايد على مزايلة الولد يندرج تحت بدل الجنين ويصير
نقصانها بمثابة نقصان بآفة سماوية واذا كان هذا مقتضى
مذهبهم فانتظم لك فيما اذا كان النقصان لا زايدا على مزايلة
الولد الاقوال الاربعة والله اعلم ثم من مقتضى ما ذكره الامام
ان يجب في هذه الصورة على الجاني قيمة الولد ونقصان الولادة
لانه علل عدم الجمع بين الارش وما نقص فيما حمل عليه صورة مسألة
العراقيين الى تضعيف الغرامة وها هنا لا تضعيف على القايل بتعدد
وهو الذي حكاه الرافعي قولا والا فحكم الجواز اذا ضرب فالقى
الجنين حيا ثم مات حكم الام فيما ذكرناه صرح به الامام
ولم يتعرض له الا في التذكرة الاتية **الثالث** لو ابرا المرتهن

القولين في

بانه يودي

الراهن

الجاني لم يبرأ وهل يسقط حقه منه لو تنفقه فيه وجهان
أصحهما لا والمذكور في الحاوي مقابله واعلم أن حق المخاصمة
في الجناية على المرهون للراهن لأنه المالك وللمرتهن حضوره لئلا
يتعلق حقه بالبدل وهذا حق المخاصمة في العين المستأجرة إذا
غصبت وفي الوديعة والمستعار فلو امتنع الراهن من المخاصمة
فهل للمرتهن المخاصمة فيه قولان قال في التهذيب أصحهما عند الأصحاب
وبه قال القفال أنه لا يخاصم وهذا الخلاف في أن المستأجر هل يخاصم أم
لا والجاري عن النص في المستأجر أنه يخاصم إذا امتنع الآجر ورأى الإمام
وطائفة المخاصمة له أقرب إلى القياس وكذا جزم الإمام بالمخاصمة
في الرهن في هذا الرهن ولو ردت اليمين على الراهن فنكل عنها فهل يحلف
المرتهن فيه قولان كما إذا نكل المفلس عن الوارث هل يحلف الغرماء وإن
حصل من عين الرهن فائدة لم تكن حال العقد كالولد والثمرة فهو خارج
عن الرهن لما روى البخاري عن قاسم بن أصبغ عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة
عن أبي هريرة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لمن رهنه غنمه وعليه غرمه
وقد روي مرسلا عن سعيد ورفع عنه من هذا الإسناد وغيره وقال عبد الحق
ورفعه صحيح ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يتعدى إلى الولد والثمرة
كالإجارة وفي النهاية حكاية وجه أن الاعتبار فيما يتبع المرهون في دخوله
في الرهن بحالة وما لا يتبعه بحالة القبض فيلزم منه أن الثمرة إذا حدثت
بعد العقد وقبل القبض يكون في دخولها في الرهن الخلاف في السابق وهذا
فيما ذكرناه معه من قبل وهو غير سديد وله أن ينزي على الحيوان
لطلب الولد إن كان يحل المال قبل ظهور الحمل أو بلا قبل حلول الدين
وإن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل الولادة فإن قلنا الحمل لا يعرف
وجاز أيضا لأنها تباع معه وإن قلنا يعرف وهو الصحيح لم يجز لأنه لا
مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة وروى عن
ابنه عن القفال وقال الدبيلي إن القضاء كذا إنه يخرج من نصف التمثيل أن
منه لا بد بخلاف الإجارة الأمر أيضا لو ماتت قبل لمس بعضها دون الحمل
خاصمة المستأجر الظهور جزم بمخاصمة المرتهن

لمس بعضها دون الحمل والحمل غير مرهون والحوز مثلا للدمى
لأن الحمل فيها نقص يعلم لو انفق إنما حملت ودعت الحاجة
إلى بيعها جاز قلنا الحمل لا يعلم بيعت وكان الوصف وإن قلنا يعلم
لم يكن مرهونا وتعذر بيعها كذا قاله الأصحاب وقد تعرض على
قولهم للحمل إلا أنه إذا كان الدين يحل بعد ظهور الحمل من حيث أن
الظهور الوحش جافه الرافعي في كتاب الصداق أن الحمل في البهيمة
نقص وحكي عن بعضهم من المواشي من الرد بالعيب إطلاق القول أن الحمل
الحادث نقص لأنه في الحيوان المأكول ينقص اللحم وفي غير المأكول يخل بالحمل
وإذا كان كذلك وجب أن يمنع منه وقد يجاب عن ذلك بأن هذا القول
مفرع على أن الحمل لا يعرف وإذا المعرف الحسن أن يقول إنه عيب قبل
مع يسير وقد حلف الأصحاب بما إذا كان النخل المطلعة على طريقين
أحدهما أن بيعها مع الطلع على قولين كما ذكرنا في الحمل والثاني القطع
بأن الطلع غير مرهون فيباع النخل ويستثنى الطلع والجهد الحادث
بعد الرهن حكمه حكم الثمرة قال وما يلزمه على الرهن على الراهن مؤنته أي
مثل النفقة والعلف وسقي الأشجار ومؤنة الجداد وكرا الإصطبل
والبيت الذي يحفظ فيه وهل نقله إلى المرتهن أو الأمين يوضع تحت يده
فهو على الراهن للخبر الذي ذكرناه وقد روى البخاري أيضا عن أبي هريرة
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن
الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة
عرفا المراد حوتها على الراهن فيه وجهان أصحهما وهو مذهب العراقيين
أنه يجب عليه أن يقوم بها من عين المرهون لتبقى الوثيقة الرهن
والثاني ويحكى عن الشيخ أبي محمد وغيره أنه لا يجبر عليه عند الامتناع
لكن يبيع القاضي جزءا من المرهون بحسب الحاجة إلا أن يعلم أن النفقة

تاكل المرهون قبل حلول الحق فالحق بما يفسد قبل حلول الاجل
فيباع ويجعل ثمنه رهنا هذا ما حكاه العراقي عن قول المراوزه
معبرا عنه بان الانفاق على الحيوان لا بد منه والحق انه تعالى بانه لم يرهن
منه الا ذلك وضعف الرافعي هذا الوجه بان ذلك يفضي الى اجرا الخلاف
المذهب في رهن ما يتسارع اليه الفساد وعند الاحتياج الى هذه
المونات محقق وهو يعني على الاصح اذا لم يكن للراهن شي او لم يكن
حاضرا باع الحاكم جزا من المرهون واكترى به بيتا يحفظ فيه الرهن
وكذلك يفعل في مونة السقي والجداد والتجفيف هذا ما حكاه الرافعي وحكى
وجها في تعليق ابي الطيب ان الحاكم كذلك فيما اذا لم يكن له مال اما اذا
كان غايبا فان الحاكم يكتري من ماله فان لم يجد مالا اكترى من الثمن فان
قال المرتهن انا اعطي مقدار الاجرة من مالي وارجع عليه بها وكذا
لو قال ذلك فيما اذا لم يكن له مال واذن له الحاكم في الانفاق جاز وان لم
يجد حاكما او انفق بهذا الغرض واشهد على الرجوع عليه وجهان بناء
على القولين في هرب الجمال واما المونات الدايره فقد قال الرافعي
شبه ان يقال حكمها حكم ما لو هرب الجمال وترك الجمال المكراه او عجز عن
الانفاق عليها وهذا اذا كان المرهون ماشية فللراهن ان يرعاها بالنهار
ويأوي بالليل الى الموضع على يديه وان اراد المرتهن او الراهن ان ينتجع
بها فان كان في موضع مخصب يجد الماشيه لم يكن له الانتجاع وان اجدب
الارض ولم يكن فيها ما يجد الماشيه حسب ما يشتكل فان له ان ينتجع بها
وليس للمرتهن ان يمنعه لكن يوضع على يد عدل يأوي اليه وان لم
ينتجع الراهن وانتجع المرتهن كان له ذلك ولا يمنعه الراهن منه وان
ارادا جميعا النجعه الى موضعين فالمتبع الراهن قاله ابو الطيب
وحمله على يد عدل اما المون التي تتعلق بالمداواة كالفصد والحجامه

ويودج الدابه

ويودج الدابه وتنزيعها والتوسع والمعالجه بالادويه والمراهم
فلا يجبر عليه وحكى المتولي الوجهين السابقين في المداواة ومعنى
التوديج فتح الودجين حتى يسيل الدم وهو في الدابه بمنزله الفصد في
الادميين واما التنزيع فهو فتح الرهصه والما اذا نزل في الحافر
يقال نزع البيطار الرهصه واصله من التشوق يقال نزعت الشمس
اذا طلعت ومعنى التوسع ان يشرط اشعار الدابه يشرط يخفف الالم
بالعصب ويعالج واشعار الدابه بخوف الحافر هذا ما حكاه ابو الطيب وقال
نزاع في ان للراهن فعل ذلك اذا كان يخشى لا يخاف منه عليه وان كان
يخاف فعن ابي اسحق ان للمرتهن منعه منه وقال ابو علي الطبري له
منعه ويحتمل بان الغالب منه السلامه واختاره القاضي ابو الطيب
وقد اجرى الخلاف في قطع اليد المتاكله اذا كان في قطعها او تركها
خطر فان كان الخطر في الترك دون القطع فله القطع وليس له قطع
سلعه واصبع لا خطر في تركها اذا اخيف منه ضرر وان كان الغالب السلامه
فعنه الخلاف وله ان يختن العبد والامه في وقت اعتدال الهواء
ان كان يندمل قبل حلول الاجل وان لم يندمل وكان فيه نقص لم يجز
وكذا لو كان به عارض يخاف معه من الختان **فرع** مونه رد المرهون
بعد قبضه على من يكون فيه وجهان في الحاوي احدهما على الراهن والثاني
على المرتهن **قال** والرهن امانه في يد المرتهن فان هلك الى غير تفريط
لم يسقط من الدين شي وحجته قوله تعالى فلم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضه
فجعل الرهن بدلا من الكتب والابدال في غالب احكامها في حكم
مبدلاتها كالصيام في الكفاره والتيمم في الطهاره ولما كان اصلهما
واجبا فكذلك ثانيا واجبين واذا وجب ان يكون حكم البدل حكم
المبدل وجب ان يكون حكم الرهن حكم الكتاب وتلف الكتاب لا

الدين فلا للراهن وما روى معمر وابن ابى ذيب واسحق بن راشد
وابن ابى انيسة عن الزهرى عن ابن المسيب عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم
لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه وجه الدلالة
قوله من صاحبه يعنى من ضمان صاحبه وانما لا يصح حمله على انه من ملك
صاحبه لان حرف التمليك هو اللام فلو اراد الملك لقال الرهن لصاحبه
ولفظه من يستعمل فى الضمان والصاع له غنمه وعليه غرمه والغنم
الزيادة والنما والغرم للعطب والنقص ومن جهة المعنى انه وثيقة
فى دين ليس بعوض فيه فوجب ان لا يسقط بتلفه كالضامن والشاهد
وفيه احتراز من تلف المبيع فى يد البايع واذا ثبت لنا فى هذه الصورة انه
غير مضمون مع ان المرتهن قبض العين لغرض نفسه فهو اذا كان فى
يد العدل غير مضمون اولى وحكم ثمن المرهون اذا ضاع فى يد العدل بعد ان
باعه بالاذن حكم تلف المرهون نعم حكم المرهون بعد رد الرهن فى يد
المرتهن فى حق غير مضمون كما قبل ذلك وقال ابن الصباغ ينبغى ان
يكون بعد الابراء فى الغيبة كمن طير الريح ثوبا الى داره حتى يعلم به
الراهن او يرده لانه لم يرض ببقائه الا على سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا اعلم
لكنه قد يرضى بتركه عنده فرع اذا اخرج المرهون مستحقا وقد تلف فى
يد المرتهن فهل للمالك مطالبته ببدله فيه وجهان اصحهما نعم وعلى هذا
اذا غرم هل يرجع به على الراهن فيه وجهان اظهرهما نعم ومثله
المراوزة بالمطالبة والرجوع وهذا الخلاف يجرى فى المستاجر من الغاصب
والمودع منه والمضارب والوكيل فى البيع قال وان اختلفا فى رده فالقول
قول الراهن لان يد المرتهن على العين ليست نائبة عن يد المالك بل انه
لا يجوز ان تثبت فيها غلامه بل هى مستقلة لغرض نفسه وهو متمكن
من اقامة البينة على ما ادعاه فلم يقبل قوله كالمستعير وهذا الحكم عند
العراقيين فى دعوى رد العين احتلفوا فى الوكيل بجعل وعامل القراض والاجير

بيعه فى

المستاجر

المشترك

والاجير المشترك اذا المضمنة اذا ادعى الرد على وجهين لان
يلقاه لانا نستعيد عن المالك وانما نحلف لهم بهاحق فكذلك يجرى الخلاف
وقال ابن الصباغ العروض برهاوله والمرتهن انه قبض العين للانتفاع
بها لا خلاف فيها ولا لان الانتفاع بالاجرة بالعين ومذهب المراوزة
قبول قول المرتهن فى دعوى الرد وطردوه فى كل يد هى امانة فى حق
من حصل منه ايتان اليد كالرهن والاجارة والوكيل بالجعل وفى
الوسيط فى كتاب الوكالة ان العراقيين ذكروا فى كل ذلك وجهين ولو
اختلف الراهن والمرتهن فى تلف الرهن فالقول قول المرتهن مع اتفق
عليه المراوزة والعراقيون كما حكاه ابن الصباغ وغيره لانه لا يتعلق
بالاختيار فلا انشاعله فيه البينة فكان القول قوله فيه لدفع الضرر
وان اراد الغزالى فى الوسيط وغيره يوهم ان العراقيين حالفوا فى ذلك والحقوه
بدعوى الرد وتستند فيه ما قاله الامام ان القياس يقتضى ان تنزل دعوى التلف
الرد منزلة دعوى الرد فى كل تفصيل والله اعلم وليختم الباب بمسائل
تتعلق به وقد وعدنا من قبل بذكرهما اذا اسلم الراهن الرهن للمرتهن
ووكله فى بيعه عند المحل كانت الوكالة فاسدة ولو باعه لم يصح بيعه
لانه موكل فيما ينافيه للغرضان فلم يصح كالوكيل وكله فى بيع شى
من نفسه وتنافى الغرض ان الراهن يريد الزيادة فى الثمن والمهل على
البيع حتى لا يعوته الزيادة والمرتهن يريد تعجيل الحق ايجاز البيع ويغا
غير الرهن فان حضر المرتهن لا يصح فيه وهذا ما نصه نص الشافعى
فانه قال لو شرط المرتهن اذا حل الحق ان يبيعه لم يجز له ان يبيع لنفسه الا
بان يحضره رب الرهن فان قيل الستر ذكرتم فى الوكالات الفاسدة
ان بيع الوكيل يصح فيها فلم لا يصح البيع هنا قلنا الفرق بينهما ان الوكالة
الفاسدة من حيث فسادها لا تمنع ذلك الاذن فى البيع والاذن المجرد

وعنه فى

بردهما فى

رق
فى

عوضهما فى

يصح معه البيع. وهاهنا الفاسد من ناحية الاذن فانتفى
ما يصحح البيع ثم هذا اذا لم يكن الراهن حاضرا اما اذا كان
حاضرا فقد انتفت التهمة فيصح البيع وهذا الظاهر النص ومن
اصحابنا من قال لا يصح بيعه لانه يتولى طرفي العقد فيما يتعلق بحق
نفسه قال ابن الصباغ والاول اصح هذا ما حكاه العراقيون
وغيرهم وجزم الامام في النهاية بصحة بيع المرتهن اذا قال له الراهن
بع الرهن لي واقبض الثمن لي ثم استوفه لنفسك وحكى في صحة
استيفائه لنفسه اذا اخذه ووزنه وجهين اما اذا لم يجدده فلا
يحصل القبض وليس حال الرهن كالوديعة عند المودع لان الاستيفا
انما يصح بناء على اذن الراهن ولفظه في الاذن ليستوفي منه حقك
وهذا يصح باجراء امر ولو قال بعه لي واستوف الثمن لي ثم امسكه
لنفسك فالظاهر ايضا انه لا بد من فعل في القبض ومن اصحابنا من
اجرى الامساك على قول صحة القبض مجرى الاستيفا واذا لم يصححه
ولم يوجد منه سوى مجرد نية الاستيفاء ولا يدخل في ضمانه انتهى وحمل
ما قاله العراقيون من فساد الاذن في البيع وخلوه عن النص على ما
اذا قال بعه لنفسك فباع وان القاضي وافقهم على الاختيار ذلك لانه
لا يتصور ان يبيع الانسان مال الغير لنفسه وحكى عن صاحب التقريب
رواية قول وانه ارتضاه لنفسه ان البيع صحيح وحكى فيما اذا قال بعه
ولم يقل لي ولا لنفسك … انه على ايهما يحمل وجهين والقايلون بالمنع عللوه
بعلتين احدها ان البيع بعد حلول الدين مستحق للمرتهن واذا افتقر الى
الاذن حمل عليه فكانه قال بعه لنفسك والثانية ما حكيناها
عن العراقيين … ويخرج عليهما ما اذا كان المرتهن حاضرا البيع او
اذن في البيع بثمن معين او كان الدين موجلا فان عللنا بالاول بطل

بالاول بطل في الاولى والثانية وصح في الثالثة اذ لا استحقاق
وان عللنا بالثانية صح في الاولى والثانية وبطل في الثالثة ومنها
ان الراهن والمرتهن لو اذنا للعدل في بيع الرهن ثم عزلاه عنه امتنع
عليه البيع وانفسخت الوكالة وكذا لو فسخ الراهن الوكالة انفسخت
وهل على المرتهن فسخ الوكالة قال المحاملي ظاهر كلام الشافعي يدل على ان
فسخه يصح لانه قال في المختصر فان فسخا او احدهما وقال ابو اسحق لا
يصح من المرتهن فسخ الوكالة لان العدل ليس بوكيله وانما هو وكيل الراهن
وقوله ان فسخا او احدهما يعني ان العدل يجوز له البيع ما لم يمنع
الراهن او المرتهن من ذلك وهذا ما صححه القاضي ابو الطيب في تعليقه ونسب
الاول الى بعض الاصحاب وقال انه ليس بصحيح لان العدل ليس بوكيل
المرتهن بالاجماع وهذا يدل على ان الخلاف في ان الوكالة هل ترتفع حتى يحتاج الراهن هل
يرتفع بقول المرتهن حتى يحتاج الراهن الى تجديد وكالة اذا اراد بيعه وقد صرح
به الامام وفي الحاوي ان الذي عليه الجمهور من اصحابنا وهو قول البصريين
ان الوكالة ارتفعت وما حكي عن ابي اسحق فمنه منع وبعضه ناقض بعضا
لان الوكالة … انما هي اذن في البيع فاذا منعه برجوع المرتهن عن البيع
فقد زال موجب الوكالة وهذا اصرح في الفسخ الا ان وكالة الراهن لا
تنفسخ برجوع المرتهن كما لا تنفسخ وكالة المرتهن برجوع الراهن ايضا
وهذا منه يدل على ان وكالة الراهن لا تنفسخ الا بعزل العزلين معا وهذا الذي
يقتضيه ايراد الغزالي في الوسيط فانه قال لو رجع احدهما عن الاذن
امتنع عليه البيع ثم رجوع الراهن عزل لانه الموكل واذن المرتهن شرط
وليس بتوكيل ولذلك لو عاد المرتهن واذن بعد رجوعه جاز ولم يحتج الى تجديد
التوكيل من الراهن قال ومساق هذا الكلام من الاصحاب يشعر بانه
لو عزله الراهن ثم عاد … لافتقر الى تجديد الاذن عليه … لو قيل …

به ان لا يعتد باذنه للحل لعلل توكيل الراهن فلو رجع عنه ويلزم
عليه الحكم بسطلان رضا المراة في التوكيل بالنكاح قبل توكيل
الولي وكل ذلك لا يحتمل ووجه المساهلة اقامة دوام الاذن مقام
الابتدا لتعلقا بعمومه فانه لم يعمل في الحال فليعتد رضاها الى وقت
التوكيل واذا احتمل الوكالة السابقة والتعليق كان الاذن اولى بالاحتمال
قلت ووجه اشعار كلام الاصحاب ما ذكرناه بما لتنزيل لو اعلان اذن
المرتهن شرط وليس بتوكيل فانه لو عاد واذن جاز ولم يجب عليه تجديد التوكيل
اقتضى ان الراهن لو عاد بعد عزله ووكل افتقر المرتهن الى تجديد الاذن
والا لم يحسن التنزيل ولا وما قاله من الالزامين الاول منهما صحيح
لان زوال توكيل الراهن لما ابطل اذن المرتهن بعد الحل بصحة بعد التوكيل
اولى ان يمنع به لانه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتدا واما الثاني
فمساق كلام الاصحاب بعضهم خلافه من حيث ان رضى المراة بالتوكيل اذا
اعتبرناه كرضى المرتهن بمبيع العدل لان المراة لا تصح توكيلها في النكاح
ولما كان المرتهن شرطا في صحة توكيل الراهن لكن في بيع العدل ومقتضى
مساق كلامهم ما ذكرتم منه ان لا يعتد برضى المراة بالتوكيل قبل الاذن
حينئذ تكون الوزان حسب هو منتف اسقط الالزام وقوله ووجه المساهلة
يعني مساهلة الاصحاب في رضا المراة بالتوكيل منعه ما عليه وان كان
مخالفا لمساق كلامهم الى جواز على اعتقاده صحة الالزام وقد
ثبت انه مساق كلامهم فلا مساهلة تزويل ما ادعيت ان عناه
العزالي حوله من بعد فليعتد رضاها الى وقت التوكيل وهذا ما لسي
حضرني من البحث في ذلك وكان شيخي السيد الشهيد عماد الدين العباسي
يستشكل كلام العزالي هذا وكتب الى ورقة بخطه فيما وقع له فيه
وسأذكر صورة المكتوب منها ثم اذكر ما ظهر لي عليه وصورته الذي
ابدى

زعم الشيخ

عال الشيخ ... ان ... [illegible]

زعم الشيخ انه مساق كلام الغزالي الاصحاب ليس مساقا لكلامهم
ووقع الغلط في هذا الفرع من كلام غيره كلمه منه وهبانك ...

زعم الشيخ انه مساق كلام الغزالي الاصحاب ليس مساقا لكلامهم
ووقع الغلط في هذا الفرع في بلاد غيره كله منه وها انا
ارسمها بالجمع من الاسطر ليتنبه الناظر والحق بالجمع المسأله
التي ذكرها الامام اعني الوجه الذي نقله الامام عن الاصحاب
اذ كان الشيخ اراد ان يفرع عليه لكن لو كان الامر اشتبه عليه
تخلص الصواب في تفريعه عليه وسلاحهم اذن المرتهن الى الوكيل
الراهن بالعقد فاقول بعد ان اعلم ان المكتوب بالسواد هو
نفس كلام الشيخ والمكتوب بالحمرة فوق الكلام نقل الاصحاب هو صوابه
فالفروع اربعة الاول انه لو رجع احدهما عن الاذن امتنع البيع ورجوع
الراهن عزل فانه الموكل واذن المرتهن شرط وليس بوكيل وكذلك لو عاد
المرتهن واذن بعد رجوعه جاز ولم يحتج تجديد التوكيل من الراهن

وذهب بعض الاصحاب الى ان رجوع المرتهن يوجب رفع
الوكاله ومساق هذا الكلام من الاصحاب مشعر بانه لو

رجع المرتهن [illegible] واذن
عزل الراهن [illegible] الراهن ثم عاد ووكل افتقر
المرتهن الى تجديد الاذن وعليه يلزم لو قيل به انه لا تحد باذنه سوكيله
للعدل قبل توكيل الراهن اذن المرتهن فلو رجع عنه ويلزم عليه الحكم بطلان
رضى المراة بالتوكيل في النكاح قبل توكيل الولي اذن المراة توكيل الولي
وكل ذلك محتمل ووجه المساهله اقامه دوام الاذن مقام الابتدا التوكيل
لتعلقا بعمومه وانه ان لم يحل في الحال فليعتد مضافا الى وقت
التوكيل هذا اخر ما يلمه والذي وقع لي على انه هذا الوجه الذي الاذن
بنى الشيخ عليه هذا الكلام ونسبه الامام الى بعض الضعفة كتب
بمعنى الزام الاصحاب لمقتضاه لم لو نحناه لكن مسافة مشعرا

التوكيل من الراهن ذهب بعض اصحابنا الى ان رجوع المرتهن
يوجب رفع الوكاله ومساق هذا الكلام من الاصحاب مشعر بانه لو
رجع المرتهن واذن الراهن التوكيل
عزل الراهن ثم عاد ووكل افتقر المرتهن الى تجديد الاذن
وعليه يلزم لو قيل به انه لا تحد باذنه سوكيله للعدل قبل توكيل الراهن اذن المرتهن فلو رجع
عنه ويلزم عليه الحكم بطلان رضا المراه بالتوكيل في النكاح قبل توكيل الولي توكيل الولي اذن المراه
وكل ذلك محتمل ووجه المساهله اقامه دوام الاذن مقام الابتدا لتعلقا بعمومه التوكيل
وانه ان لم يحل في الحال فليعتد مضافا الى وقت التوكيل هذا اخر ما يلمه والذي الاذن
وقع لي ان هذا الوجه الذي بنى الشيخ عليه هذا الكلام ونسبه الامام الى بعض الضعفة
المكتوب وهذا الوجه هو المكتوب في الاصل والما اورده بيان العلامات
والله اعلم

بما ذكره بل يصير جانبه لان الوكالة اذا ارتفعت علمنا بالقطع انها لا
تعود الا بتوكيل جديد واذا ان هلك بالحبس حمل ما ظهر للغزالي
على ذلك نعم ما ذكره صحيح بناء على اختيار هذا الوجه ومنها ان
المرتهن بعد حلول الحق له مطالبة الراهن بوفائه فان سلم
فان امتنع من الوفاء طولب ببيع الرهن في الدين فان امتنع حمل
بيعه الحاكم عليه او يحبس على البيع فيه كلام يذكره في باب الفلس
لذا قال المحاملي وليس للراهن مطالبته باحضار الرهن حتى يقع
قضاء الدين واسترداد المرهون معا وكذا الوادي الدين الا ان يريد
احضاره انقال عليه التخلية بعينه وبينه ومقتضى ما حكيته عن
الماوردي من ان مؤنة الرد بعد الفك على المرتهن على وجه ان الرد
واجب على ذلك الوجه ولو امتنع الراهن من وفاء الحق بتعذر او غيبة
فان كان للمرتهن بينة رفع الامر الى القاضي وان لم يكن له بينة او لم
يكن في البلد حاكم فان حكمه حكم من ظفر بغير جنس حقه قال الامام
وما ذكر في الرهن ان الراهن لو مات او افلس اختص بثمنه وفي مسئلة
الظفر لا يختص بما ظفر به بل يساوي الغرماء والله اعلم **باب**

التفليس التفليس النداء على المفلس واشهاره بصفة الافلاس
قاله الرافعي وقال الغزالي هو ان يجعل من عليه الدين مفلسا ببيع ماله
ولفظ التفليس والفلس والافلاس ماخوذ من الفلوس التي هي اخس
الاموال فانه اذا حجر عليه منع التصرف في ماله الا في شيء تافه لا
يعيش الا به وهي مؤنته ومؤنة عياله وقيل لانه صار ماله كالفلوس
لقلته بالنسبة الى الديون وقيل لانه في خيار ماله وجله وبقي
معه الفلوس قال المحاملي وبعض اصحابنا يقول انما اشتق الفلوس
لانه ذهب ماله حتى الفلوس وهذا بضد ما قاله اهل اللغة ويقال

افلس اذا اعدم او صار ذا فلوس كما يقال ايسر اذا صار
ذا يسار وهكذا يقدر في قولهم مفلس كقولهم مقفض اي ذو
فضة وتفالس ادعى الافلاس قال الماوردي وكره بعض اصحابنا
ان يقال في هذا الباب باب الافلاس لان الافلاس يستعمل في
الاعسار بعد اليسار والتفليس يستعمل في حجر الحاكم على المديون
فكان يلحق وقد فسر الاصحاب المفلس في الشرع بمن حجبته الديون
وما له لا يفي بها وبحجه ان يضاف الحجر الحاكم احترازا قاله الماوردي
فاذكرناه والذي يحكي المحاملي حسن والاسمال فلسه الحاكم اذا حجر
عليه ومنعه من التصرف في ماله **قال** اذا حصل على رجل ديون فان
كانت مؤجلة لم يطالب بها قبل حلولها لانه لو جوز الطلب بها
سقطت فائدة التاجيل **قال** وان اراد السفر اي سفر كان
لم يمنع منه لسقوط المطالبة عنه قبل الحلول ولرب الدين المسافرة
معه ليطالبه عند حلوله بشرط ان لا يلازمه ملازمة الرقيب
وقيل يمنع من سفر الجهاد الا ان يقوم بالدين او يكفل به لان ذلك
مظنة الهلاك لان المجاهد من يطمع في الجنة فيحرص على الشهادة
وذلك مضيع للدين وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في معركة القتال
يوما وقد وضع سيفه في هام لا يقتله عنزمك بن حي فيقتل فله الجنة فقال
بعض الانصار وكان بيده تمرات يا كلها لعمري بيني وبين الجنة ان يقتلني
هؤلاء ورمى بالتمرات واخترط سيفه وكسر غمده الى العدو فدعاه النبي صلى الله عليه
فجاد وانغمس في العدو حتى قتل وهذا ما نسب الى الاصطخري وحكى
الرافعي في السيران الروياني صححه وقد حكى القاضي الحسين هذا الوجه
في سفر غير الجهاد في كتاب السير ووجهه بانه ربما حل الحق فلا
يمكنه المطالبة وقيل في سفر الجهاد ان خلف وفاء بالدين فلا منع

منه والامتنع وقيل ان كان من المرتزقه لم يمنع والا منع وفي كتاب
القاضي ابن كج ان الاجل ان كان يدركه الى ان يرجع فلا منع وان كان
يحل قبل ان يرجع ففيه الخلاف والاضعف على ما حكاه الامام لكنه المنع
مطلقا والمذهب الاول وخوف الهلاك موجود في الاقامه والحديث
دال على منع جهاد من عليه دين لا منع السفر له ومنع الجهاد مذكور
في اخر الكتاب ويجري الوجوه الثلاثه الاول في كل سفر مخوف مثل سفر
البحر وفي تتمه التتمه انها لا تجري فيه لان راكب البحر يسعى في السلامه
والغازي قد يعرض نفسه للشهاده وعلى المذهب الحث على المديون
الغياب لمستحق الدين عند طلبه الكفيل او الرهن وان يشهد له بذلك
وقد حكي عن صاحب التقريب روايه وجه في وجوب الاشهاد واختار
الروياني في زمانه وجوب القيام بالكفيل في السفر البعيد المخوف
قرب الاجل لخبث اهل الزمان **قال** وان كان معسرا حالا وله مال غايب
طولب بقضائها وان لم يرد سفرا لقوله تعالى وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة فدل على انه اذا لم يكن ذا عسرة لا يجب انظاره
وان ذلك قابل الحلول وما اطلقه الاصحاب من ان الدين اذا كان
حالا فله منعه من السفر حتى يقضيه اراد وابه منعه الى مجلس القاضي
ومطالبته به وحبسه ومن هذا الطرق انه ليس له منع المعسر
من السفر الا ان يكون سفر جهاد على راي وقد صرح الرافعي بذلك في السير
حيث حكى ان القاضي ابن كج قال فيما اذا دين عليه دين حال وهو
معسر سفر الجهاد المذهب انه ليس له منعه وان ابا اسحق قال له
منعه لانه يرجو ان يوسر فيؤدي وفي الجهاد خطر الهلاك وهذا
يدل على ان المنع يكون بغير الحبس عند المنع منه في الدين المؤجل
فرع اذا لم يطالبه صاحب الدين الحال به وهو قادر عليه فهل يجب عليه

اداوه على الفور

اداوه على الفور لعل التراخي وسعته اداوه بالمطالبه او الخوف
منه على ماله يفوت بضياعه وان كان وجوبه بغير رضا المالك
فالقضا على الفور ان صاحبه لم يرض بحبسه في ذمته وهذا لانه
اذا كان برضا المالك فصاحب الدين مندوب الى ان يطالب بالملك
ولو كان وجوب القضا على الفور لكان مندوبا الى المطالبه ليخرج من
عليه الدين عن العصيان بتاخير القضا ويحتمل ان يقال اذا كان
الوجوب بغير رضاه فينظر فان كان صاحب الحق لا يعلم به فان على
الفور وان كان يعلم فعلى التراخي **قلت** ويقتضي ما قاله اجبار
انه يجب عليه عند علمه العلم في صورة غير التعدي احد الامرين
اما الوفا او اعلامه بالدين وقال الامام في كتاب القاضي الى
القاضي بعد قوله ان الدين لا يلزم الا مع المطالبه وقد يقال من عليه
دين حال يلزمه اداوه وان لم يطالبه صاحبه وانما يسقط وجوب
الادا برضا مستحق الحق بتاخيره **قال** فان امتنع اي من القضا بعد امر
الحاكم به باع الحاكم ماله اي ان راى ذلك وقضى دينه روي عن عمر انه
قال الا ان الاسيفع اسيفع جهينه رضي من دينه وامانته بان يقال
سبق الحاج وقال انا سابق الحاج فادّان معرضا اي عن الوفاء وقيل العرض
الناس فاذا دين به فاصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليحضر غدا
فانا بايعوا ماله وقاسمه بين غرمايه ولم يخالفه احد فكان
اجماعا وان راى الا يبيعه ويجبره على البيع بنفسه بالحبس والتعزير
فله ذلك صرح به الشيخ ابو حامد وحكاه القاضي ابو الطيب وفي التتمه حكايه
وجه انه لا يحبسه لانه ربما يتعذر الحبس في بيع المال فيتضمن
ذلك تاخير حقوق الغرما وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن الاصحاب
وصاحب الاستقصا عن سليم الرازي ونصر المقدسي وقال الحاكم ان يجبر عليه

خشبه

اذا التمسه الغرما عند امساعه من الاعلا او اموال الله عنه وحمان اصحهما نعم لما ذكرناه وهوالذي حكاه في التتمه عن الشيخ ابي حامد ووجه مقابله ان عمر لم يحجر علي الاسيفع كذا قال المتولي والرافعي واعلم ان الحاكم اذا اراد بيع المال ولا شك انه الا ان يثبت عنده ان ذلك ملكه بالبينه كما صرح به الماوردي هنا وكلام الامام في مسله الطعو يدل عليه فانه ضعف قول من قال لا يسمعه بنفسه بانه اذا رفع الامر الي القاضي لا يجد بينه علي اثبات دينه وان وجدها فقد يعجز عن اثبات كون هذه العين ملكا له علي الدين وكلام صاحب الاشراف يدل علي ذلك وشي اخر فانه قال القاضي يبيع الرهن بعد ثبوت ملك الدين وصحة الرهن وملك الراهن او يده بوم الاقباض ثم قال قال القاضي هكذا ذكر المصنف وهو قول اصحابنا بالعراق الا انه قول ابي حنيفه وعندنا مجرد اليد لا تدل علي الملك بل يشترط مع اليد قرينة التصرف وامتداد الملك وعدم المنازع ويشترط في بيع المرهون ثبوت الدين والملك والموت والشهاده علي انه ملك الميت الي ان مات او في يده يتصرف تصرف الملاك **قلت** وما ادعي القاضي انه في كتب العراقيين من الاكتفا باليد بحث جريانه هنا لاجل الحاجه وقد يوجد من قول الشيخ في مسله الطعو وقيل يواجر ويرده ليحق الي الحق وكلام ابن الصباغ كما دل عليه فانه ذكر ان ابا علي بن ابي هريره قال لا يسمعه بل يواجر رجلا يدعي عليه دينا عند الحاكم فيقر له ويقر له بملك الشي الذي اخذ منه فيمتنع من عليه الدعوي من قضا الدين فيبيع الحاكم الشي المأخوذ ويدفعه اليه وعلي الاول يحتمل ان يتعين الحبس الي ان يتولي الانتفاع البيع بنفسه فانه معترض عليه كما قال الماوردي ويودي الدين **تنبيه** يحتاج اليه في

دعوى

الفاظ

الفاظ عمر الاسيفع بضم الهمزة وفتح السين بلا نقط والبا المنقوطه بنقطتين من تحتها وفا دان بتشديد الدال بلا نقط رين به بفتح الرا بلا نقط والبا الحرف يقال رين بالرجل رينا اذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به ويقال رين به انقطع به ومنه قوله تعالى كلا بل ران علي قلوبهم قيل هو الذنب بعد الذنب حتى يسود القلب **قال** وان لم يعرف له مال وادعي الاعسار فان كان قد عرف له قبل ذلك مال اي قبل دعوى الاعسار سوا كان مبيعا الدين ثمنه او عرضا الدين عوضه او غير ذلك **قال** حبس اي اذا طلب الغريم ذلك لقوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان واراد باليد الملازمه والحبس وباللسان الاقتضا والمطالبه ولان الحبس يتوصل به الي استيفا الحق فكان واجبا لان ما لا يتوصل الي الواجب الا به فهو واجب كالملازمه كذا قاله الماوردي وظاهره يقتضي ان عمر بن عبد العزيز والليث بن سعد الذين خالفا في جواز الحبس وافقا علي الملازمه والاصح اخص الملازمه منه النباس عليهما وان احبس لا يمكن من اخراج احوال الجمع والجماعات ولا العصي سلاخر عنها اذا كان معسرا ولا يلزمه الاستيذان للخروج الي الجمعه اذا علم انسا هو الحال وغالب العاده كما قال به وله ولا يمنع من عمل صنعته في الحبس علي اصح الوجهين ولو كان امراه لم يمنع من ارضاع ولده ما لم يوجد منه بد ولو منع الزوج منها منها ونفقه المحبوس في ماله علي الاصح وقيل علي الغريم **قال** المارودي وهذا مذهب مطرح ولا يضاف الي حبسه تعزير اخر اذا اصر علي دعوي الاعسار بخلاف ما اذا امتنع وهو ما اقر مع اعترافه بالملاءه فانه يضاف الي الحبس التعزير ويحرر عليه الوقت بعد الوقت ويرده من الاول والثاني بمجموع ذلك الي قدر الحد

ويجوز للغريم ان يقول له في هذه الحالة يا ظالم يا مماطل لقوله
عليه السلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته خرجه النسائي
واللي المطل وعرضه ما ذكرناه والعقوبة التعزير
والحبس ولو امتنع ... وفيما يثبت عليه بالبينة مع ان ...
بالاعسار وتعريفنا اياه بما ترتب على ذلك قال الامام في باب
نكاح المشركات الظاهر عندنا امتناع التعزير في الحبس مقنع
وفي كلام الاصحاب ما يدل على ان للقاضي ان يعزره لو اراد
فرع **قال** العزير ملازمته حيث يجوز حبسه متمكن منها لا ينفك عنه
الا ان تقوم البينة على اعساره لان الاصل بقاء ذلك المال ولا فرق
في ذلك على ما حكاه الامام بين ان يكون البينة معدلة ام لا وقد
شرع في طلب الاستزكاء لان الحبس على الجملة من بعض العقوبات
وللمديون ان يطلب تحليف الغريم انه لا يعلم اعساره بعد الدعوى عليه
بذلك فان حلف سقطت دعواه وان عاد وادعى تجدد علمه بذلك سمع
منه وكان له تحليفه وهكذا الى ان يعلم القاضي تعنته وان نكل عن اليمين
حلف المديون وثبت اعساره ولم يلازم الغريم ملازمته لما سلف حتى وان
لم يحلف حبس **تنبيه** اذا ظهر من كلام الشيخ امتناع الحبس باقامة
البينة على الاعسار مع احتمال ان يكون مستند البينة الوقوف
على تلف المال كما حمل الصيدلاني الشهادة عليه او انه لو كان باقيا
مع مخالطتها له لاطلعت عليه نظر لذلك طريق الاولى ان الحبس يمتنع
اذا شهدت بالوقوف على تلف المال كما صرح به العراقيون **قال** ولا
يقبل في ذلك الا شهادة شاهدين من اهل الخبرة بحاله لما روى مسلم
عن قبيصة بن مخارق الهلالي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحل الصدقة
الا لاحد ثلاثة وعد منها رجل اصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي

ذوي الحجى من قومه لقد اصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة
حتى يصيب قواما من عيش او قال سدادا من عيش والحجى العقل
ولان الاعسار يخفى على من لا يطلع على باطن الاحوال وهذا على الناظر
ان الشاهد من اهل الخبرة بحاله فان لم يعرف ذلك فهو يعول الشاهد
اذا كان عدلا ارضا قال الامام وان لم يدر ان الشاهد ذلك والمعرفة
القاضي توقف الشهادة وقد يقال على راي الصيدلاني في حمل الشهادة
بالاعسار على وقوف البينة على التلف انه لا يشترط ان يكون الشاهد
من اهل الخبرة كما صرح به الاصحاب فيما اذا شهدت البينة بتلف المال
بعد حلف ... باتا وان قلنا ذلك فخلافه مظنون فاعتبرنا ان يكون من
اهل الخبرة ليتحقق الشرط على كل حال ومراد الشيخ امران احدهما
الجزم في الابانة والتتمة بانه لا يقبل في هذه الشهادة الا ثلاثة للخبر
المشهور ولان غيبة الانسان واعدامه امر يخفى معرفته ويشق الوقوف
عليه فيشترط فيه زيادة في العدد وهذا ... الامام وهذا خرق عظيم
وخروج عن الضبط والعمل منه الثاني وهو ما حكاه ابن الدم في ادب
القضاء عن الشيخ على انه يكفي في هذه الشهادة رجل وامراتين او رجل ويمين
المدعي كما في الاجل والخيار على راي فيتحصل في المسألة ثلاثة اوجه والمذهب
منها الاول وحمل الاصحاب الخبر على الاستظهار والاحتياط ويجوز اقامة
البينة بالاعسار قبل الحبس وبعد طال زمانه او قصر وصيغة الشهادة
به ان يقول اشهد انه معسر لا يملك الا قوت يومه وثياب بدنه
ولا يشترط ان يقول وهو ممن تحل له الصدقة قال في التتمة ولا يقتصر
على انه لا مال له حتى يتضمن شهادته النفي لفظا ومعنى وفي الحلية انه
قيل انه يشهد على نفي العلم فيقول لا اعلم له مالا ولا عرضا ولا
عقارا ولا عينا **قال** فان قال الغريم احلفوه انه لا مال له في

في الباطن اي بعد دعواه ان له مالا في الباطن وقد اخفاه
حلف في احد القولين اي وجوبا لانه يحتمل ان يكون له مال لم نقف
عليه بينة الاعسار واذا ادعى ذلك حلف وهذا ما صححه الرافعي
وغيره وهو المنصوص في حرملة وظاهر نصه في المختصر وان امتنع
من اليمين حبس حكى الماوردي عن ابن ابي هريرة انه يحبس الى ان يحلف والقول
الثاني انه لا يحلف وجوبا لانه في ذلك قدح في الشهادة ولم يتعرض ما اذا
شهد عليه انه افتقر فسال احلاف المدعى على انه اخر له ولكن للحاكم ان
يستحلفه استحبابا واستظهارا وهذا ما صححاه في الام وظاهر نصه
في الاملا وهو الذي صححه الشيخ ابو حامد والقائلون بالاول فرقوا بان
في المسالة المستشهد بها الشهادة وقعت بامر معلوم وحلف في الحلف
عليه قدح في الشهود وان سلمنا الشهادة اعتمدت الظن فلا تخالفه
وقوع طرفه نعم لو شهدت البينة بتلف المال لم يحلف وجها واحدا وهو
نظير المسالة المستشهد بها وقد جمع حاصل القولين الى انه يحلف وجوبا او
استحبابا فيه القولان وعلى الاول جرى السنجي والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم
وحكى في المستصفى طريقة اخرى وجعل بها ان لامه الى في وجوب التحليف
وجهين واذا قلنا يحلف فهل هو واجب او مستحب فيه وجهان ولا نزاع في ان ذلك
اذا اقنع بالشهادة ورضي بعدم اليمين انه لا يحلف وان صدر منه طلب اليمين
ولا للاصابة حمل الحاكم تحليفه ويكون من ادب القضا فيجب عليه حكاية
وجهان الجمهور لا **تنبيه** الغريم هو الذي عليه الدين وغيره من
الحقوق ويطلق في اللغة ايضا على صاحب الحق والغرامة والغرم
والمغرم ما وجب اداوه وقد غرم الرجل غرمته واغرمته انا
الغرام وهو الاثر ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما وسمي الغريم
غريما لملازمته المدين ودوامه واحلفوه لغة وحليفوه اخرى قال

وان لم يعرف

ملكه؟

وان لم يعرف له مال حلف انه لا مال له لان الاصل عدم المال
وخلى سبيله لانه اذا حلف ثبت اعساره والمعسر لا يحل حبسه
قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فلا يجوز
حبسه ولا يجوز ملازمته لما روى مسلم عن ابي سعيد الخدري قال
اصيب رجل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه
فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك
وفا دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم
الا ذلك وهذا ما حكاه العراقيون وهو الصحيح عند المراوزة ووراه
لهم ثلاثة اوجه احدها يحبس الى ان تقوم البينة على الاعسار قال
الرافعي لان الظاهر من حال الحر انه يملك قليلا او كثيرا والثاني ان الدين ان
لزمه باختياره كالضمان والصداق فلا بد من البينة وان لزمه بغير اختياره
كاتلاف المال خطا فالقول قوله من غير بينة لان الظاهر انه لا يشغل
ذمته ولا يلتزم ما لا يقدر عليه والثالث ان كان الدين لزمه في مقابلة عوض
كثمن المبيع واجرة الاجارة فلا بد من البينة وان لزمه بغير معاوضة كالنكاح
اليها هذا ما حكاه القاضي الحسين وغيره وهذا ما اعترض على قايله
بانه اذا كان عن معاوضة فقد عرف له مال فكان قد اعاد ذكر
المذهب فانه اذا عرف له مال لا يقبل قوله الا بالبينة وان لم يعرف له
مال قبل قوله بيمينه **قلت** ويجوز ان يريد هذا القايل المعاوضة التي
ليست محضة كالنكاح ونحوه وكذا شرط القيد دون الضمان ونحوه فان
الظاهر ان الانسان لا يقدم على تلك حتى الخلع الا مع قدرته على
مقابله لان الايفا واجب عليه حتما بخلاف الضمان فانه قد لا يطالب
به فيتساهل فيه لذلك وقال الامام فان خطر للفقيه حمل هذا الوجه
على دين ثبت عوضا وكان ملتزمه يدعي انه لم يقبض العوض لا على انه

شيا؟

والاجارة؟

فبض العوض وادعى تلفه لانه ضعيف بانه اذا اثبت الملك
في حق المعوض فالظاهر قبضه ونحن انما لا نقبل قول من سبق له
يسار بيان بل ادعاء زواله ووجهه ان قوله يظهر الخلف وزوال
اليسار عكس نقله فبض المبيع يشابه المشابه واعلم ان الرافعي
سوى في جريان الوجوه الثلاثة الاول في الحكم والتعليل بين ما
ذكرناه وبين ما اذا كان مع المحجور عليه مال وقسم على الغرماء وبقي
لبعض الدين وفي جريان الثاني منها في مسئلة المحجور نظر فان علته ان
الظاهر من حال الحر انه يملك شيا قليلا او كثيرا وقد حمل هذا الظاهر
وتحقق بما قسم وليس الظاهر ان الحر يملك مالا كثيرا حتى يقال بقي
منه ثم حيث جرى الخلاف فيما ذكره فينبغي على قياسه ان يجرى فيما عرف
له مال لا يفي بديونه وشهدت البينة بتلف ذلك المال وحلف له
فينبغي فيه الخلاف بشهادة بتلف المال الا ان له يشهد حصر اهل الخبرة
حاله بتلف جميع امواله ثم على المذهب اذا قلنا قوله بلا يمين قال الامام
ليس ارى قبول ذلك بلا اول بطور بل يتاني القاضي في الحلاف مع
البحث الممكن عن احواله والمذهب القبول في الحال وحيث قلنا لا يقبل
قوله باليمين فلو كان غريبا لا يتاتي له اقامة البينة قال الرافعي فينبغي
للقاضي ان يوكل به من يبحث عن منشاه ومنقلبه ويتفحص عن احواله
بحسب الطاقة واذا غلب على ظنه افلاسه شهد به عند القاضي لئلا
يخلد عليه عقوبة الحبس وهذا ما ابداه الامام فقهًا لنفسه
فرع اذا عاد الغريم بعد ثبوت الاعسار وادعى انه استفاد مالا
وانكر المديون فالقول قوله مع يمينه وعلى رب الدين البينة فان اتى بشاهد
يشهد ابيسار لم تسمع هذه الشهادة حتى يبينا ما ابيسر به فان قالا انا
لم نعلم ذلك ... وجبنا منه دينه عند امتناعه من الوفاء ولا

مستسف

ستفسره ...
ولا نستفسره وان قال لا ادرى بيانا ... انه لا ينصرف عنه
وعيناه في الحاوي بانا لا ننصرف عنه حتى نستفسره عنه كما سبق
وان ادعوا انا نختلف رب الدين فان قال هو لفلان وديعة او مضاربة
وصدقه المقر له بقوله وفي الدخاير وجهان احدهما لا يقبل الا ان
البينة يتوفر منه الدين وعلى هذا المقر له يحلف رب الدين فان نكل حلف
المقر له قاله في الاستقصاء على المذهب هل لرب الدين تحليف المديون
انه لم يواطئ المقر له فيه وجهان اصحهما المنع وبه جزم الامام وعلى
مقابله اذا امتنع من اليمين حبس الى ان يسلم المال او يحلف قاله ابن الصباغ
ولرب الدين تحليف المقر له كما حكاه في الاستقصاء عن الايضاح واذا
نكل حلف رب الدين وقضي له ببيعه وتحليف المقر له ابداه ابن الصباغ
احتمالا لنفسه وان كذبه المقر له صرف الى رب الدين ولا يلتفت الى
اقراره لانسان اخر وان كان المقر له غايبا قال المحاملي والرافعي وقف
حتى يحضر الغايب فان صدقه اخذه والا اخذه رب الدين وفي الشامل
والاستقصاء ان القول قوله مع اليمين وسقطت المطالبة قال الامام
وهذا من معاصات ... الدعاوي ان يحلف في حال غيبة المقر له ولا
يحلف في حال حضوره فلو نكل عن اليمين قال الماوردي ردت اليمين على
الغرماء فان حلفوا لم يستحقوا المال ولكن يحبس لهم المديون حتى
يستكشف امره ولو لم يعرف ما يرده الى احد حلف الغرماء واستحقوا
حبسه دون المال وليكشف القاضي عن امره حتى يتبين قاله الماوردي
مال وان كان ماله لا يفي بديونه اي الثابتة عند الحاكم بالبينة او باقراره
وسال الغرماء الحاكم الحجر عليه حجر عليه اي وجوبا لما روى ابو داود عن
عبد الرحمن بن كعب بن مالك ان معاذ بن جبل لم يزل يدان حتى علق ماله
كله فاتى غرماؤه النبي صلى الله عليه وسلم فطلب معاذ الى النبي صلى الله عليه
ان يسال غرماءه ان يضعوا او يوخروا فابوا فلو تركوا لاحد من

قال
احل اجل لتركوا لمعاذ من اجل النبي صلى الله عليه وسلم فباع النبي صلى الله عليه وسلم
ماله كله في دينه حتى قام معاذ بغير شي قال عبد الحق وهذا وان
كان مرسلا فهو اصح مما اسند فيه وفي الرافعي والمهذب ان نحو ملك
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله لان في الحجر
مصلحة الغرماء فانه قد يخص بعضهم بالوفاء فيتضرر الباقون
وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع ومن هذه العلة يستنبط ان
المال لو كان مرهونا امتنع الحجر اللهم الا ان يكون فيه زيادة وقيل
يعود على الراهن وهذا ما ظهر لي تفقها ولم اقف عليه منقولا
وانما اعتبرنا سوال الغرما لان الحجر لحقهم وهم اهل رشد نعم
لو كانت الديون لمحجور عليهم حجر الحاكم عليه بغير التماس لان له استيفا
ديونهم ولو كانت لغائبين لم يحجر لانه لا يستوفي مالهم في الذمم كيفيته
اللفظ الذي يقع به الحجر قال القاضي اختلف فيه اصحابنا فذهب البغداديون
منهم الى انه يقول وقفت مالك ومنعتك من التصرف فيه وقال البصريون
يقول له حجرت عليك بالفلس لان الحجر يتنوع والمنع من التصرف ووقف
المال من احكام الحجر فلا يقع به الحجر وهذا يشابه عدم انعقاد البيع بلفظ
التمليك واعلم ان الشيخ ذكر هنا شرطين من شرائط الحجر والثالث وهو ان
تكون الديون حالة فيقتضيه كلامه من اول الباب على ان في النهاية
حكاية وجه انا اذا قلنا تحل الديون بالافلاس لم يجز ان يحجر عليه
بسببها ووراء ما ذكره الشيخ امور منها اذا كانت الديون مساوية
لماله والرجل غير كسوب او كسوب لا يفي كسبه بنفقته ونفقة عياله او فيه
بلا رقة فهذا قد ظهرت عليه امارات الفلس وفي جواز الحجر عليه وجهان
اصحهما عند العراقيين وحكاه الرافعي واختاره في المرشد انه لا يحجر
في الحال ومقابله ذكر الماوردي انه ماخوذ من نص الشافعي فيما اذا

سلم المشتري

عليه
ح

٢٢٨

سلم المشتري المبيع وكان الثمن معه في البلد انه يحجر عليه
في المبيع وجميع ماله الى ان يوفي الثمن وقال الامام انه
المختار عند الائمة قلت ويظهر لي ان يكون مادة الخلاف ان المشرف
على الزوال كالزائل كما تقدم وقد اجرى العراقيون مثل ابي الطيب
وغيره الخلاف فيما اذا كانت الديون اقل وكان يغلب على الظن
انتهاوها الى المساواة لكثرة الزيادة على قرب بسبب الانفاق
ورتبه الامام وقال هذا اولى بالمنع ولا خلاف ان دخله اذا وفى
خرجه لا يحجر عليه اللهم الا ان يمتنع من الوفا ففيه الخلاف السابق
في اول الباب ومنها اذا سال بعض الغرما الحجر فينظر ان كان دينه
لو انفرد اقتضى الحجر اجيب اليه ولا يكون قاصرا عليه بل يتعدى الى حق سائر
الغرماء وان كان لو انفرد لا يحجر عليه به فوجهان الاظهر منهما المنع
واختار الشيخ ابو محمد وهو الذي يقتضيه اطلاق العراقيين انه يحجر عليه
كيلا يضيع حقه بتسابق غيره وفي الجيلي حكاية وجه ان للحاكم الحجر عليه
من غير طلب والتماس ومنها اذا لم يطلب الغرما الحجر وطلبه المديون
ففي اجابته وجهان اظهرهما في الرافعي وادعى الامام ان عليه الاكثرون
انه يجاب لان له فيه غرضا ظاهرا وعن راي العلما ان الحجر علم فاذا كان
بالتماسه دون الغرما راى الامام انه كان بسوال الغرما وقال في
الاستقصاء ان هذا الوجه ليس بشي **تنبيه** اذا كان من عليه مال
المديون مشغولا بنفسه عنه ولو قوم مع ماله وحسب لمنه مع الديون اقتضى
ذلك الحجر عليه والراجح عن التقويم وملته عن الديون اقتضى ذلك الحجر فهل
يدخل في التقويم ام لا فيه وجهان في الحاوي وغيره واصحهما عند العراقيين
الادخال وقد بناها المتولي مع قولنا بالحجر على مساواة المال الدين
على انه هل يرجع البائع في عين ماله في الحالة هذه ام لا فان قلنا يرجع فيها لم

الحجر
الغرماء

٨

وحج منها المدخل والاخطلت **قال** والمستحب ان يشهد على
الحجر اي ينادي عليه ليتيسر اسبابه عند من يعامله من الحكام
وليعرف الناس حاله فان عاملوه كانوا على بصيرة وليسمع من له
عليه دين بين اسال محض وهذا ما ذهب اليه البغدادي اذ لوان
من اصحابنا وحكي الماوردي ان البصريين من اصحابنا قالوا من شرط
ثبوت الحجر الاشهاد لان المقصود بهذا الحجر الشهرة واظهار الامر
ولا يكون مشهورا الا بالاشهاد واجري مجرى اللعان الذي قصد به
الشهرة **قال** واذا حجر عليه لم ينفذ تصرفه في المال الموجود بما
سطله حق الغرماء من الرهن والبيع والهبة ونحو ذلك لتعلق حق الغرماء به
كتعلق حق المرتهن ولانه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود
الحجر كالسفيه وقد يفهم من العلة الثانية ان الحجر يتعدى لنفسه حتى لا
يصح منه بيع شيء في ذمته سلما ولا شراؤه لشيء بثمن في ذمته كالسفيه
وهو قول حكاه الامام ومن العلة الاولى ان الحجر لا يتعدى الى ما يحدث له
من الملك بعد الحجر بسبب البيع والشراء والاحتطاب والاحتشاش ونحو
ذلك بل يتصرف فيه تصرفا وهو وجه رواه المراوزة وانه اذا باع ما وقع
عليه الحجر او وهبه باذن الغرماء نفذ تصرفه كما في المرهون وهو في البيع
احتمال للامام وجعله الغزالي اظهر الوجهين وفي الهبة قول حكاه
الشاشي عن الماوردي قياسا على هبة العبد باذن سيده والصحيح و
جزم العراقيون بصحة بيعه وشرائه بثمن في الذمة وتعدي الحجر الى ما يتجدد
له من ملك والثالث قول في اصل المسألة في المذهب الجديد كما حكاه
الامام في كتاب الاقرار ان تصرفه موقوف كتصرف المريض فان وفى
ماله بديونه بسبب ارتفاع الاسواق او استفادة مال او ابراء بعض
الغرماء نفذ تصرفه والا فسخ الاضعف فالاضعف والضعف
العتق ثم البيع ثم الوقف والكتابة والعتق قال الشيخ في المهذب ويحتمل

عراي

عج

عندي ان ينفسخ الاخر بالاخر كما في تبرعات المريض وفي الحاوي
انه يتقدم بعوضاته ينقض ما ليس في مقابلته عوض كالهبة
والعتق فان لم تف بالثلث نظر في البيع فان كان بدون ثمن المثل
نقض وان كان باكثر من ثمن المثل والثمن باق فسخ العقد ولا
ينقض وان كان بمثله قبل ان يبلغه المشتري فسخ لان العين ترجع الى
الغرماء وسقط الثمن في ذمة المفلس وان كان قد باعه بثمن المثل
والثمن مقبوض تالف فسخ لما ذكرناه وان كان باقيا نظر ان زادت
قيمة الثمن او نقص سعر المبيع لم ينقض وان كان الامر بخلافه فظاهر
اطلاق الشافعي واصحابه يقتضي ان ينفسخ عليه والصحيح عندي انه لا
ينفسخ وهذا ما حكاه صاحب الاستقصا عن الافصاح وطرده فيما اذا
وهب شيئا وكوفي بمثله وان الهبة لا تنقض ولو لم يوجد من يشتري الا
ما اجزنا التصرف فيه وحث الغرماء على البيع قال الامام فيه احتمال
والظاهر ان الغرماء يجابون فيباع والمذهب القول الاول وهو اختيار
المزني والعراقيين المفلس والمريض ان المريض لا يتعلق بماله في الحال حق
بدليل انه يجوز تصرفه في شهواته وملاذه بخلاف المفلس وعلى القولين
يجوز له الوصية به وتدبير ما في ماله من الحبل صرح به صاحب الاستقصاد
والحق بهما في الصحة بيعه جميع ماله من جميع الغرماء بجملة ديونهم وان
كان بغير اذن الحاكم على الاصح وحكى ان في مقابله وجها ضعيفا وهو الذي
نسبه الرافعي وغيره الى زيد وقال انه الاظهر وهو مبني على ان
الديون اذا قضيت لا يرتفع الحجر بنفسه والاول مبني على انه يرتفع
قال الرافعي وللاول يقول وجه ان الحجر لصحة البيع وان قلنا لا يسقط
الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما ان يتوقف الى تقدم ارتفاع الحجر
او لا فان كان الاول وجب ان يحكم بعدم الصحة للدور وفائدة لا يصح

الشيخ ما لم يبع الحجر ولا يبع الحجر ما لم يصح البيع وان لم يفتقر
فليخرج على الخلاف فيما اذا باع كلها ولداب ولدا قالت طالق وولد
ولا ابعد ولكن هل نظلو بالثاني واستبداد المفلس هل ينفذ مقتضى
ما قاله الاصحاب من علق بعود عتقه في الحال على المفلس
ان يكون كذلك اذا قلنا ان استبداد الراهن بحقه او قلنا انه
مرتب عليه واولى بان لا ينفذ وان قلنا اولى بان ينفذ ففيه ها هنا
نظر ومقتضى ما حكاه الماوردي في المفلس ان هذا الحجر حجر سفه
او حجر مرض ان ينفذ في الحال وجها واحدا لان المريض ينفذ استيلاده
من راس المال وكذلك السفيه **فرع** لو اشترى شيئا بشرط الخيار او
باعه ثم حجر عليه هل له الفسخ والاجازة ينظر ان كان له الحظ في
احدهما فعله نفذ وان كان الحظ في خلافه فثلاثة طرق اظهرها وهو
ظاهر النص ان ذلك نافذ لانه ليس بتصرف مستجد وانما يمنع المفلس
من التصرفات المستاة والثاني لا ينفذ كما في الرد بالعيب وهذا ما
ذهب اليه ابن ابي هريرة واختاره في المرشد وقال الماوردي انه الاوجه
له والقائل الاول فرق بان الملك في زمن الخيار ضعيف بخلاف العيب
والثالث ان ذلك يبنى على اقوال الملك فان قلنا لا ملك له نفذ فسخه ان كان
الحاز له وان قلنا الملك له نفذ منه ما يقتضي استدامة ملكه دون ما
يزيله **تنبيه** احترز الشيخ بقوله لم ينفذ تصرفه في المال عن نفوذ
تصرفه في النكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو عنه واستلحاق
النسب ونفيه وكذا اقراره بالمال لكن فيه تفصيل واذا اقر بمال لزمه
قبل الحجر واحرناه به بعد قبل الحجر وهل يشارك المقر له الغرماء فيه
قولان منصوصان في المختصر وهما يجريان فيما لو اقر بعين في يده انه
غصبها او استودعها او استعارها او استاجر على العمل فيها

وكان صباغا

وكان صباغا او صايغا والاصح القبول وحمل الامام
الخلاف في الاقرار بالعين يحكى عن القديم وان الائمة الحقوا
الاقرار بالعين وتبعه الغزالي في ذلك فان قبلنا اقراره بالعين
سلمت الى المقر له وان لم يقبله وفضلت سلمت اليه ايضا والا
فالعوض في ذمته كذا قاله الرافعي وغيره هنا وفي النهاية في باب
الاقرار انه اذا فضلت بعد فك الحجر هل يسلم للمقر له منه وان انتهى
وعلى قياس هذا يتجه ان يجري في الغرم ايضا وفي الدين ان اسند
الدين الى ما بعد الحجر فان كان عن معاملة فلا يضارب الغرماء كذا
قاله الاصحاب وفيه نظر يظهر لمن يتعد وان كان عن اتلاف او جناية
فاصح القولين انه كما لو اسنده الى ما قبل الحجر والثاني انه كما لو قال عن
معاملة **قلت** ويشبه ان يكون الخلاف مبنيا على ما لو ثبت ذلك
بالبينة ومذهب العراقيين المشار اليه والمحكي عن القاضي الحسين عدم
المشاركة الطريقة الاولى مبنية على ما ذهب اليه العراقيون والثانية
على ما حكي عن القاضي ولو اقر بما يوجب القصاص في نفس المستحق على مال
قال في المهذب هو كما لو اقر بدين جنايته وقطع بعض شارحي المختصر
بالقبول **قلت** وقد تقدم لنا كلام فيما اذا اقر العبد المرهون بما يوجب
القصاص فعفى المستحق على مال ويتجه ان يجيء مثله هنا **فرع** لو ادعى على
المفلس بمال لزمه قبل الحجر فانكر ولم يحلف حلف المدعي وشارك الغرماء
ان قلنا ان اليمين مع النكول بمنزلة البينة وان قلنا كالاقرار ففي المشاركة
القولان هكذا حكاه معظم الائمة هنا وساق في باب الاقضية ان السواد
انا اذا قلنا ان يمين المدعي مع نكول الخصم كالبينة فذاك اذا لم يتعلق لثالث
اما اذا تعلق لثالث فالاصح انا لا نعاملها معاملة البينة في حقه وعلى
هذا المنوال هذا وجها هنا **قال** فان لم يكن له كسب انفق عليه وعلى عياله الذي

من زوجاته وولده وعبيد ماله بنفقته الى ان يسلمه عنه الحجر
اما الانفاق عليه فلقوله صلى الله عليه وسلم ابدا بنفسك ثم بمن تعول
وممن يعول الزوجه ونفقتها دين ثابت في الذمه وقد يقدم نفقتها عليها
ذا علي تقدمها على الديون ولانه اذا لم يكن ذا مال وجبت نفقته على كافه
المسلمين ومحتاج اذا كان له مال ان يقدم منه الانفاق بطريق الاولى
واما الانفاق على الاقارب فلانهم يجرون مجراه في وجوب الانفاق قبل
الحجر وعتقهم اذا ملكهم اى العتق اذا ملك نفسه فوجب ان يقدم
نفقتهم بعد الحجر كما يقدم نفقته ورجح الرافعي ذلك بان المفلس موسر
بالمال قبل القسمه واذا ثبت تقديم نفقه الاقارب على وفا الدين كان
تقديم نفقه الزوجات اولى لان نفقتها تقدم على نفقه الاقارب مع انها دين ،
والمراد بالنفقه قوت مثله الذى لا يستغنى عنه ولا يكتفى في ذلك بسد رمقه
وما ذكر واما الواجب من نفقه الزوجات فقال الامام نفقه المعسرين قال
الرافعي وفي التجربه للقاضي الروياني انه ينفق عليهم نفقه الموسرين لما انفق
على الاقارب قلت ما ذكره الامام هو الحق وعليه ينطبق اخر ما قيل وحد
المعسر كما سنقف عليه في النفقات بل كله ووجوب نفقه القريب وقد حكى
الدبيلي من اصحابنا ان القفال له انه لا ينفق على الولد والدين اولى منه
لان نفقه الولد مواساه والدين لازم وعلى تقدير تسليم الحكم كما ادعى الامام
اتفاق الاصحاب عليه فهو مشكل **تنبيه** محل وجوب الانفاق على
الزوجه اذا كانت في العصمه قبل الحجر اما اذا تزوجها بعد الحجر فلا
ينفق عليها من المال صرح به المتولي والرافعي في كتاب النكاح والوقف
ان القياس يقتضى ان ما على نفقه يوم الحجر لا يجب للزوجه على الجديد
ولا للقريب لانها تجب يوما فيوما والحال الذى يحجر فيه المال
قد تعلق به حقوق الغرما فاشبه ما اذا كان مرهونا خالفنا

ذلك

ذلك فيما اذا كانت الزوجه متقدمه لانها سبقت الوجوب
فاقمناها مقامه وكذلك القرابه وذلك منتف فيما اذا تاخرت
الزوجيه فاعملنا القياس وان قيل مقتضى ما ذكرتم ان لا يجب
نفقه قريب يتجدد بعد الحجر كمن يلد له ولا ايفاعلى عن ارش جنايه
صدرت من عبد المفلس بعد تعلق حق الغرما به مع هذا انفقوا عليهم
كيلا يضيع حقه فلذلك قلنا لم وجوب النفقه على الاقارب لذلك
يستنبط منه ان يكسى المفلس ملبسه ما ينام عليه ويستعمله
في صلوته واكله وشربه مما لا غنا للمثله عنه يخرج من المال ايضا لانه انما
يجب على الغير اذا فضل عن ذلك كما سنقف عليه في النفقات وقد صرح
الاصحاب بوجوب الكسوه وحكى المتولي وتابعه عليه الرافعي انه لا يترك له
الفرش والبسط ويسامح باللبد والحصر القليل القيمه من الكسوه لا
تعتبر فيها على زمن الحجر ويوم القسمه كما فعل في النفقه بل يعطى
ان كان في فصل الصيف كسوه الصيف قميص وسراويل ومنديل
ومكعب ودراعه يلبسها فوق القميص وطيلسان وخف ان كان
عادته ذلك وان كان في فصل الشتا اعطى مع ما ذكرناه جبه او ما
يلبسه من فرو وغيره وتوقف الامام في الخف والطيلسان وقال
ان يرجعهما الا خرم المروة وذكر ان الاعتبار بما يليق بحاله في افلاسه
لا في بسطته وثروته قال الرافعي لكن المفهوم من كلام الاصحاب
انهم لا يسامحون عليه والمنعوض قوله ان يرجعهما الا خرم المروة لا
يجمع له من كسوه فيلبس في وقت واحد وحلى الحاملي في ذكرناه حكمه
وان احتج كفنه وهو قريبه وام ولده وزوجته على راى يخرج من المال
وفي قدر المخرج ثلاثه اوجه اضعفها وهو ما رواه الامام عن ابى اسحق
ما يستر العوره وثانيها ثوب واحد وثالثها ثلاثه اثواب كما في
حال الحياه وهو الاصح **فرع** لو كان على المفلس ثياب فوق ما يصلح

لمثله بيعت واعطي ما يليق بمثله وهذا الحكم في امر وله
لان ذلك ملكه بخلاف الزوجة والقريب اذا كساهم قبل الحجر
ذلك ودفع لانها ملكا ذلك قبل الحجر ولو كان من عادة المفلس
ان يلبس قبل الافلاس دون ما يليق به تقتيرا لم يزد عليه في [هامش: والاطلاق م]
حال الحجر على المذهب انه لا يترك راس مال التجارة وان كان
حصه السابقه التجارة وحكى الامام عن كتاب الخراز العراقيين
حكوا عن ابن سريج انه يخلف عليه راس ماله الذي بالتجارة فيه يتبلغ
ويتوصل الى تحصيل قوته في مستقبل الزمان اذا كان لا يحسن الاكتساب
الا من هذه الجهة كما يخلف له دست ثوب يليق بمنصبه والثاني
غلطوه وزيفوه وان الامر على ما ذكروه **فرع** في فتاوي العبادي [هامش: في اللانسه]
اذا كان له كتب علم وهو عالم فالكتب فيها انها لا تباع وتباع
المصاحف فيه لان كتب العلم [illegible] لا يحتاج اليها الناس واعلم ان ما ذكرناه
ظاهر فيما اذا كان بعض ماله لم يتعلق به حق لمعين اما اذا تعلق بجميع
ماله حق معين اما بسبب الحجر او بغيره او [illegible] الاعيان المبيعه
التي لم يقبض البائع ثمنها والمرهون والرهون والرقاب التي تعلقت بها
ارش الجنايات ففي النهاية انه اذا لم يكن سوى المرهون لا ينفق [هامش: له في]
عليه وعلى عياله منه وغير المرهون لم ينفق منه على نقل والقياس
ان يلحق بالمرهون كذلك [illegible] قول جمهور اصحابنا في مؤنة تجهيز
الميت ودفنه انها لا تخرج من عين الجاني او المرهون والذي اشتراه ولم
يوف ثمنه وقد مات مفلسا وقد حكى الشيخ ابو محمد في الجمع والفرق عن بعض
مشايخنا ان الميت يقدم على حق المجني عليه وحق المرتهن وان لم يخلف مالا
سواه ويظهر جريان مثله ها هنا لان الميت احوج الى هذه الالفة من الحي
ولذلك [illegible] الصحيح [illegible] انه اذا [illegible] على [illegible] فاولى ان يتقدم
في الصورة

على

على من يساوي معه صفقه في ثبوت الحق والله اعلم اما اذا كان له كسب
يفي بنفقته ونفقة عياله واكتسب صرف ذلك الكسب وان لم يف بالنفقه
كمل من المال وان اكتسب ما في النفقة لا ينفق عليه من المال شيء ويكتسب
ولك والذي يظهر ان مراده ان [illegible] من لم يكن له مال وينفق [هامش: عليه في]
على ما قيل في حلف الاكتساب النفقه من التعاب فان لم يوجب النفقه
ان ينفق من المال **قال** واذا اراد الحاكم بيع ماله احضره او وكيله واحضر
الغرماء استحبابا لان ذلك ابعد للتهمة والمالك اخبر بثمن امواله وصفاته
فاذا احضر اخبر بذلك وكان سببا لزيادة الاثمان وقد يطلع منه على
عيب فيحترز به حتى لا يقع البيع متعرضا للفسخ واحضار الغرماء لاحتمال
ان يرغب احدهم في شراء شيء فيكثر طلابه وذلك [illegible] في الثمن قال الماوردي
والاولى ان يتولى المفلس البيع او وكيله باذن الحاكم ليقع الاشهاد عليه
وليطيب نفس المشتري بالتملك ولا يحتاج الى اقامة البينة على انها [هامش: عنه في]
ملك له بخلاف ما اذا باع الحاكم او اذن يحكم بيع فانه يشترط ان يثبت عنده انه
ملك للمفلس بالبينة كما حكاه [illegible] **قال** ويباع كل شيء في سوقه لان اهل
سوقه فيه ارغب والمشتري هناك ابعد عن التهمة منه بالعدو وهذا اذا لم يكن في
نقله كثير مؤنة اما اذا احتاج الى مؤنة كثيرة في نقله ورأى الحاكم المصلحة ان [هامش: بان]
لا يحمله الى سوقه ويستدعي اهل السوق اليه فعل ما قاله الماوردي ولو باع الشيء [هامش: فعل في]
في غير سوقه جاز كما صرح به القاضي ابو الطيب والمتولي ولكن بثمن المثل
ادعى الشرط في بيع مال المفلس [illegible] من نقد البلد وان لم يكن ما
على المفلس من جنسه والمشتري لم يمن جنسه قال المتولي وان وجد ارضا من
المفلس والغرماء بالبيع بغير نقد البلد جاز وحكى الرافعي في كتاب الوكالة
ان الحاكم لو راى المصلحة في البيع بمثل حقوقهم جاز وان حكم بيع الحاكم المال
المرهون [illegible] لا يسلم المبيع الا بعد قبض الثمن ويجبر المشتري على النقد [illegible]
شيء احضر [illegible] في المتبايعين **قال** فان لم يوجد من يتطوع

بالنداء لم يستأجر من خمس الخمس من ينادي لأنه من المصالح وهل
يجوز أن يجعل من أربعة أخماس الفيء فيه قولان في الحاوي **قال** فإن لم يكن أي
خمس الخمس أو كان ولكن يحتاج إليه لما هو أهم من ذلك أو منع من ذلك استؤجر
من مال المفلس لأن ذلك حق عليه وهو إيصال مصلحته فكذلك مع
تعيين العبد والدار مثل أن يباع ويسعى بذلك على سائر الغرماء وإن كان .
وجوبه حادثًا بعد الحجر لأنه من مصلحة لتحصيل المصلحة وهل يتعلق في
أجرة الكيال والوزان وكرا البيت الذي يحفظ فيه المتاع والأولى أن يكون
من بيت المال كما قال المتولي لأن ذلك بعض حقوقهم قال
ودفع الحاكم أجرة المثل قال الماوردي ولو رأى الحاكم أن لا يستأجر ويجعل
للمنادي جعلًا مشروطًا أو أجرة المثل جاز وهذا هو المشهور وحكى
القاضي أبو الطيب أن المنادي يعطى من خمس الخمس كأجرة الكيال والدلال
فإن لم يجد متطوعًا من متبرع فإن لم يجد كان من خمس الخمس من مال المفلس
قال ويبدأ بما يسرع إليه الفساد كالطعام الرطب والفواكه والبقول
لأن في تأخيره تعريضه للهلاك ثم بالحيوان لأنه يحتاج إلى مؤونة مع تعريضه
للتلف ثم بالعقار لأنه يمكن حفظه من الآفات ولا يخشى عليه الهلاك
كغيره ولئن يسرقه وإن العقار ليس له سوق ساعة فيه فيحتاج إلى التأني
في بيعه حتى يشتهر في الناس بيعه فيتوافر طلابه وذلك سبب زيادة ثمنه
ولا بأس في التأني بذلك أيامًا وإن نادى عليه بعض قال الشافعي وإن
كان يقرب البلد الذي فيه العقار بلد يرغب أهله في شراء العقار
أعلم الثمن وأعلمهم ليحضروا أو يشتروا وإذا حكاه المحاملي وفي السواق
الحاكم إذا رأى أن ينادي عليه فعل أما إذا كان له غير العقار من
المنقولات فلم يبيعه عليه ويقدم بيع الثياب على بيع النحاس
والصفر وإن كان بيع العقار أحسن وقد بيع العقار عليهما لأن العقار
قد يخاف عليه من هدم أو حريق قاله الماوردي وزاد لذلك أمورًا أحدها

جنبه

حتى المتولي

حكى المتولي أن المرهون من الأموال يباع أولًا ثم ما يسرع إليه الفساد
الثاني حكى الإمام أن الحيوان يقدم بيعه على ما يسرع إليه الفساد
الثالث حكى الماوردي والمحاملي وغيرهما في موضع أن أول ما يباع
المرهون ثم العبد الجاني ثم سائر الأعيان الذي يتعلق بها الغرماء وقالوا في موضع آخر
أول ما يباع ما يسرع إليه الفساد كما ذكرنا وحكى القاضي أبو الطيب
في تعليقه أنه يبدأ بما يسرع إليه الفساد ثم بالمرهون والعبد الجاني
إذا المرهون مما يخاف هلاكه فإذا كان يقدم بيعه ثم المرهون
والعبد الجاني ولا فرق في العقار بين أن يكون فيه المسكن وهو مسكن
مثله أو لا وكذا الأثاث والرقيق بين أن يحتاج المفلس إليه للخدمة
بسبب منصبه أو زمانته أو لا وهذا أحرى من المواقيت وحكى الماوردي أنه
خرج قول في مسكنه وخادمه أنهما لا يباعان من نصه على أنهما لا يباعان
في الكفارة كما خرج من مثله أنهما يباعان في الكفارة والمذهب تقرير النصين
والفرق أن للكفارة بدلًا ينتقل إليه وهو الصوم والدين بخلافه قال
الإمام والمسكن أولى بالإبقاء من الخادم فيظهر أن يترتب فيقال فيهما
ثلاثة أوجه ثالثها يبقى المسكن دون الخادم وإذا قلنا بإبقاء ذلك له
فلو لم يكن في ملكه اشترى له على أصح الوجهين **فرع** إذا كان له أم ولد
أو ضيعة موقوفة فهل يؤاجر فيه وجهان أصحهما لا يؤجر المفلس إذا كان
كسبًا بلا خلاف في المذهب والثاني وهو الصحيح في الاستقصاء والذي
حكاه القاضي أبو الطيب في أم الولد عند الكلام في أن المفلس لا يؤجر ثم قالوا
ليستأجر ذلك لأنه حر مجعله بعد إفلاسه فإنها تؤجر عليه **قال** ويقسم الثمن بين
الغرماء على قدر حقوقهم لأنهم متساوون في استحقاقهم ولا يكلف الغرماء إقامة البينة
على أن لا غريم سواهم فإن أصحاب التركة بخلاف الورثة فإنا لا نقول لا
تقسم الحاكم التركة بينهم حتى يقيم كل بينة بأن لا غريم فإنهم لا

ثم في

ثم الحيوان

فيلتقطها

عليه لا في

لحرمون له وان ساواهم لان الحجر يشهر امره فيغلب على الظن ان
لو كان غريم لظهر وفرق الماوردي بان الغريم بصدد ان يستوعب جميع المال
وان كان لم غريم غايب بان الغايب او يعفو عن حقه وليس كذلك
الوارث فان الغايب لو اراد اسقاط حقه لسقط قال الامام ومما
ذكره صاحب التقريب حسن وللاكابر عندنا بين القسمة على الغرما والقسمة
على الورثة فحيث يقول لا يدل اقامة البينة على ان لا وارث سواه بل من مكمله
في القسمة على الغرما وهي القسمة انه اذا كان لاحدهم عشرة ولآخر
عشرون واخر لاثنين دفع لصاحب الالف النصف من المتحصل ولصاحب
العشرين الثلث ولصاحب العشرة السدس وهكذا التفعل فيما اذا كانت
حقوقهم من غير النقدين وتقسم على قدر القيم عن الديون التي تقسم المال
عليها هي الثابتة عند الحجر اما المتجددة بسبب اتلاف او جناية كما ذكرناه
اما ما تجدد عن قرض او عن بيع فلا تقسم عليهم شي من المال الذي
تناوله الحجر وهل يقسم المسبوق بين الغرما اذا طرأ الحجر السبب فيه
وجهان احدهما انه ان كان رهنه ايضا بالحقه في ذمته الى اليسار ورضاه
بذلك او بعضه وهذا ما يفهم من كلام العراقيين والثاني انه يشارك بهم فيه
هذا ما حكاه الامام والغزالي في البسيط وكلامه في الوسيط والوجيز يفهم
المشاركة في جميع المال على وجه فان قال والثاني يضارب لانه ادخل في
ملكه شيئا جديدا بثمنه الجديد على ذلك جرى الرافعي فان قلنا به الحقه
انه يكون في قبول اقرار المفلس بدين مستند الى ما بعد الحجر بسبب بيع في يده
القولان السابقان وهذا ما اشعر به العمرانيه ولو تجدد دين من سبب
خروج بعض ما ابيع مستحقا وقد تلف ثمنه في يد الحاكم فانه من ضمان
المفلس بغير طرق احدهما حكاية قولين احدهما وهو ظاهر نصه في
المختصر وفي حرملة على ما حكاه المحاملي انه يقدم على ساير الغرما

الرابع

والثاني انه

والثاني انه يشاركهم كما في ارش الجناية وهذا ما حكاه الربيع
وحرملة على ما حكاه البندنيجي في كتاب الرهن وصححه وهو الاصح
في مجموع المحاملي والاظهر عند عامة الاصحاب والثالث القطع بالقول
الاول وهو ما حرره في الوسيط والثالث حكاها العراقيون ان المسألة على
حالين فحيث قال بالتقديم محل قوله اذا بيع قبل الحجر فرد ذلك وحيث قال بالمضاربة
محل قوله اذا كان ذلك بعد الحجر والتبس له في الحاكم قال ثم بيت حقه
في ذمته فاذا استفاد مالا وحجر عليه كان صاحب الثمن اسوة الغرما
ونظير ما يعقه للقول بين ما اذا باع شيئا قبل الحجر ثم رد بعد الحجر بسبب
عيب ولو استاجر منه دارا باجرة معجلة وانهدمت بعد الحجر في اثنا
المدة فللمستاجر اجرة ما بقي من المدة وهل تقضا ذلك بها سيطرا ان كان
الانهدام قبل القسمة ضارب وان كان بعدها فوجهان اصحهما في مجموع
المحاملي المضاربة واعلم ان وقت القسمة حين تجار بيع الاموال وحيازة
اثمانها ان رضي الغرما بالتاخير الى ذلك الوقت او لم يمكن قسمة ما يتحصل
اولا فاولا اما اذا امكن وامتنع الغرما من التاخير الحلول فقال ابو الطيب
والمحاملي والامام وغيرهم القول باجابتهم وفي الحاوي انهم لا يجابون لاحتمال
ان يظهر غريم لم يطلع عليه وهذا ما قال الرافعي انه الظاهر وان نزاع
في ان الغريم لو كان واحدا سلم اليه ما يحصل اولا فاولا لا ما حيث
احتجنا الى التاخير وعدم تعامل ما يحصل مليا او فيما لا يودعه
حتى لو اودع فتلف ضمنه المودع ودفعه لمن تخصه اولى واذا احتجنا
لايداع ما تحصل الى وقت القسمة لا يودع الا عند عدل لكن الحق
ها هنا قد يتجاوزهم الى غايب بخلاف الرهن وفي الاول تعين الغرما
والمفلس العدل فان اختلفوا في التعيين وتساوى صفات من
عين حتى في عدم طلب اجرة على الحفظ وقدر على ضم احدهما الى الآخر

فعل والاعيان الحاضر واحدا **فرع** لو كان بعض الغرماء غائبا
فان عرف قدر ماله قسم عليه والا لم يعرف ولم يمكن مراجعته
ولا هو ممن يرجى حضوره رجعنا الى قول المفلس في ماله وقسم عليه فان
حضر وظهر له زيادة على ما اعترف به المفلس فيدل منزلة ظهور غريم
آخر ان امكن حضوره وعرف موضعه قال المتولي لا يقسم حتى يرسل
اليه الثاني اذا ظهر غريم بعد القسمة لا تنقض على الصحيح وبه جزم
المتولي وحكاه الماوردي عن ظاهر منصوصه في القسمة فيرجع
على كل من الغرماء بنسبة ما يستحقه من الدين الذي ظهر لو كان حاضرا مثاله
اذا كان الحضور ثلاثة ودين احدهم الف والآخر الفان والآخر ثلاثة
الف والمال المقسوم ثلاثة الاف ودين الذي ظهر ثلاثة الاف
استرد من كل من الحضور ثلث ما اخذ وفيه وجه ان القسمة الاولى
تنقض ثم يستأنفها الحاكم بعد دخول الظاهر فيها وعلى الاول لو
اتلف اثنان من الحضور الذي قبضاه وهما معسران جاء له فلو
الغائب فهل يجعل ما قبضه الآخر كأنه جميع الموجود ولا غريم
سواهما حتى يسترد منه على حساب ذلك او لا يسترد منه اكثر
مما كان يسترده على ~~حساب~~ الجميع فيه وجهان اصحهما عند
المتولي الاول ولو لم يظهر الغريم لكن بعد ان ظهر للمفلس مال
قديم او حادث بعد الحجر صرف منه الى الذي ظهر بقسط ما اخذه
الاولون الثالث اذا افرز نصيب غائب من الغرماء فتلف في
يده بعد تسليم الحاضرين ما خصهم قال في التتمة ذكر القاضي
ان الغائب لا يزاحم من قبض وان الدين لم يكن قد سلم الى احد من
الحضور سهام من المال ولانه افرز لكل واحد شيئا فهلكت
حصة احدهم لم يزاحم الباقين وذكر بعض اصحابنا ان من لم

يسلم له نصيبه

بلغ

يسلم له نصيبه من احصهم ثانيا **فائدة** لا خلاف بعد قسمة
مال المفلس واعتراف الغرماء انه لا مال له انه لا يدام عليه
الحجر ولكن هل ينفك بتفرقة المال الموجود او لا بد من فك الحاكم
فيه وجهان محكيان في الطريقين اظهرهما في الرافعي الثاني
وفي تعليق القاضي الحسين الاصح الاول وبه جزم في البسيط
والابانة في كتاب الحجر ولو اتفق الغرماء على الفك هل يقوم مقام
فك الحاكم فيه وجهان في الوسيط ولو ظهر بعد فك الحجر مال لم
نشعر به فلا ينفذ تصرفه فيه ويصرف الى الغرماء ولا تنقض القسمة
ولا يسترد الاعيان التي رجع بائعوها قال المتولي لان الفسخ عند
الامتناع مجتهد فيه فاذا اتصل حكم الحاكم بالافلاس فقد صح
قال الرافعي وعندي توقف فيه لان القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع
بالامتناع فكيف يجعل حكمه بناء على طريق آخر حكما بالرجوع بالامتناع
وما نقله الشيخ في مهذبه من نقض القسمة المراد به ما ذكرناه لا انه
يسترجع من كل من الغرماء ما اخذه ثم يقسم وانما ذكر ذلك لاظهار ان مذهبنا
مخالف لمذهب من قال ان الغرماء يفوزون بما قبضوه ولا يسترد منهم شيء
وقد نبه على ذلك في الاستقصاء **قال** وان كان فيهم من له دين مؤجل
لم يحل دينه في اصح القولين وفيه قول آخر انه بالافلاس يحل ديونه
اي يقتضي اذا حجر على المديون بسبب الفلس وعليه ديون مؤجلة فهل
يحل فيه قولان اصحهما وهو مذهب المزني لا لانه معنى لا يقطع تصرفه
في ذمته فلم يحل به الدين قياسا على نفس الافلاس قبل الحجر والثاني
انها تحل لانه حجر تعلق به حقوق غرمائه ببعض امواله فوجب ان
تحل بها ديونه المؤجلة كما لو مات وهذا بناه الماوردي على انه حجر
مرض وقد حكى الامام هذا الخلاف في جريان الحلول المستمر وان

وان الشيخ ابا محمد قال حلوله بالجنون اولى لان المجنون لا
استقلال له كالميت والاجل انما جعل رفقا لمن عليه الدين وقد
فات والفقيه ينوب عنه الوارث وراى الامام ان الترتيب
بالفلس اولى لان قيم المجنون له ان يبتاع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة
فاذا لم يمنع الجنون التاجيل ابتدا فلان لا يقطع الاجل دواما كان اولى
اذا عرف ذلك عرفت ان القول الاول مبني على عدم الحلول وان على القول
بالحلول تقسم الديون المؤجلة كما تقسم الديون الحالة وتسلم الى اربابها
وحكى الماوردي عن ابي اسحق وابن ابي هريرة انا نقسم على الديون المؤجلة
كالحالة وما تخص المؤجلة يبقى على ملك المفلس ولا يدفع الى ارباب
الديون المؤجلة حتى يحل والمطلوب لا ابانه حكايته هذا وجها ثم قال
وهذا مزيف لا اعلمه من المذهب **قال** وان كان في غرمائه من له رهن
خص بثمنه لسبق حقه فان فضل له بعد ذلك شيء ضارب به مع
الغرماء وان فضل من ثمنه شيء رد الى الغرماء **قال** وان كان له عبد
في رقبته ارش جناية اي وان وجدت بعد الحجر فهو المجني عليه
لانه يقدم على حق المرتهن وحق المرتهن يقدم على حقوق الغرماء
فكان اولى وان فضل من ثمنه شيء عن ارش الجناية فض على الغرماء
وان لم يوف بارش الجناية فلا شيء له مع الغرماء **قال** وان كان فيهم
من له عين مال باعها منه قبل الفلس بثمن حال لم يتنقد منه شيء
وهي باقية ولم تخرج عن ملكه ولا تغيرت ولا تعلق بها حق الغير
فالراجع من اهل علل ملك العين فهو بالخيار بين ان يضرب مع الغرماء
وبين ان يفسخ البيع ويرجع فيها والاصل في ذلك ما روى مسلم عن ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس او
انسان قد افلس فهو احق به من غيره وما روى الشافعي بسنده ان

خلده او ابن خلده قاضي المدينة قال اتينا ابا هريرة في صاحب لنا
قد افلس فقال هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل
مات او افلس فصاحب المتاع احق بالمتاع اذا وجده بعينه وخلده
او ابن خلده ثقتان فلا يضر الشك فيهما وقد رواه ابو داود عن خالد
عن ابي هريرة ولفظ ابي هريرة لاقضين بينكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
من افلس او مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو احق به ومن جهة المعنى
انه اخذ عوض في العقد القابل للفسخ فاذا لم يفسخ ثبت حق الفسخ بتعذره
كما في العبد وانقطاع المسلم فيه وحكى الماوردي عن ابي علي بن ابي هريرة
من اصحابنا انه قال انما يكون البائع احق بعين ماله ان يتبرع بحصته من
ثمنه ولم يتبع للغرماء من مشاركته فيه كالمرتهن ثم قال وهذا خلاف للاجماع
وعلى المذهب هل يتوقف فسخه على اذن الحاكم ام لا فيه وجهان المذكور منهما
في الحاوي الاول وهو الذي اختاره في المرشد وحكى الثاني الاشبه ومقابله
وهل هذا الخيار على الفور او على التراخي ما لم يعزم الحاكم على بيع ماله
فيه للماوردي فيه وجهان اصحهما في الرافعي ونقله الطيب الاول
وعن القاضي الحسين انه لا يمتنع تاقيته بثلاثة ايام وعلى الصحيح لو ترك
حق الفسخ لم يسقط وسقط خياره مع العلم ومع الجهل وجهان كما
ذكرناه في الرد بالعيب واذا اختار عين ماله لزمه ولا خيار له وروى
القاضي ابن كج ان ابا الحسين حكى وجها انه بالخيار ما دام في المجلس
ولا نزاع في جواز الفسخ باللفظ الصريح كقوله فسخت البيع ونقضته
ورفعته ولو قال رددت الثمن فوجهان اصحهما الاكتفا به وهل يحصل
بالفعل كما في خيار المجلس فيه وجهان اصحهما في الحاوي المنع ولو حكم
حاكم بمنع الرجوع قال الاصطخري ينقض حكمه واختار الشيخ في المهذب
لنفسه انه لا ينقض وهو ما حكاه في المرشد اما اذا كان المبيع صار

نعم فلسه ففي سوق خيار الرجوع وجهان احدهما نعم لانه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو وجدت المراة المعسر بالنفقة والثاني لا لانه باعه مع العلم بخراب الذمه فسقط خياره كما لو اشترى سلعة يعلم بعيبها هذا عللهما في المهذب وقد تفهم علة الاول ان محل الخلاف فيما اذا باع منه قبل الحجر وبعد الفلس لان الحجر يثبت حق الرجوع اما اذا كان بعد الحجر فلا رجوع وجها واحدا لان البيع جرى بعد وقت الفسخ وعلى ذلك جرى مجلي وليس كذلك بل الخلاف جار وان وقع البيع بعد الحجر صرح به الامام والرافعي وغيرهما ودل عليه كلام صاحب الاستقصاء حوله لانه باعه قبل الفسخ فان الفسخ يثبت لاجل تعذر الثمن وهو انما يثبت على الثمن اذا البيع فلم يسقط حقه من الفسخ على وقت الفسخ وعلة الثاني انه اذا كان جاهلا بفلسه ان له الخيار وجها واحدا كما صرح به في الاستقصاء وليس كذلك بل قد اجرى الامام وغيره الخلاف فيه والظاهر من المذهب انه يثبت كما ان الظاهر عند العلم عدم الثبوت وفي التتمه ما يقتضي ان الظاهر في حال الجهل عدم الثبوت فانه جعل اصل الخلاف في هذه الصوره الخلاف المذكور في جواز الفسخ بسبب تعذر الثمن من غير افلاس من جهة ان المشتري في الذمه لم يدخل تحت الحجر وقد يعذر تحصيله الوصول الى حقه والصحيح في هذه المسله انه لا فسخ واذا كان كذلك لزم منه ما قلناه وقد انتظم من مجموع ما ذكرناه ثلاثة اوجه وقد حكى العمراني في الزوايد في باب الخيار رجوع التاجر صاحب الزروع الوجهين الاولين عن ابن لبن وان الجديد الثبوت ولو كان الثمن موجلا فلا رجوع له في العين على وجه وان حل قبل الحجر عليه والمذهب ان الاجل اذا انقضى قبل الحجر كان له الرجوع في الحجر وان لم ينقض فينبني على ان الحجر يحل الدين ام لا فان قلنا انه يحل به ثبت له

الرجوع

الرجوع عند الشيخ ابي حامد وحكى الماوردي عن ابي اسحق وابن ابي هريرة انه لا رجوع له وفائدة القول بالحلول انها لا تباع في حقوق الغرما بل تبقى محفوظة لبايعها الى مضي المدة فان وجد المفلس وفاء ثبتت اوفى والا فسخ قال القاضي ابو الطيب وهذا ليس بصحيح لان الدين اذا حل فلا معنى لحبس العين على الاجل وان قلنا بعدم الحلول فهل تباع ويصرف ثمنها لارباب الديون الحالة ام لا تباع وتجعل كالمرهونة حتى يباع فيه وجهان حكاهما الشيخ ابو حامد اصحهما الاول وبه قطع القاضي ابو الطيب وان قلنا به فلو لم تتفق بيعها حتى حل الاجل ففي ثبوت الفسخ الان وجهان وان قلنا لا تباع وهو ما اشار اليه ان اتبع في الاملاء كما قال في الاستقصاء واختاره في المرشد وقال الامام ان المحققين يقطعون به وان انقضى الاجل والحجر باق ثبت حق الفسخ وان كان قد اطلق في وفاء الثمن بعد ذلك وان لم يوفه كان له حق الفسخ من غير تجديد حجر وفي النهاية حكاية وجه انه لا بد من تجديد الحجر وانه بعيد غير سديد ومن هذا الكلام يظهر لك ان الحجر لا يدوم على المفلس بسبب الدين الموجل ولو قبض بعض الثمن فالقديم انه لا رجوع له في العين ويضارب مع الغرما سوا كان المبيع شيئا واحدا او متعددا واستدل له بحديث رواه مالك عن الزهري وهو مرسل والجديد ان له الخيار الرجوع بقدر ما بقي من الثمن لان الافلاس سبب يعود به كل العين اليه فجاز ان يعود به بعضه اليه كالفرقة قبل الدخول يرتد بها جميع الصداق الى الزوج تارة بالردة ونصفه بالطلاق اخرى فعلى هذا ان كان المبيع عبدا واحدا او عبدين وقد قبض نصف الثمن رجع في النصف مشاعا ولو تلف المعقود عليه فلا مضاربة الا بالثمن وعن رواية السجاي مجد وجه ان له المضاربة بالقيمة اذا كانت اكثر ليزداد ما ياخذه ولو كان المبيع عبدين فتلف احدهما ولم يقبض من الثمن شيئا فله ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن ويضارب بحصة ثمن التالف ولو بقي العبدان واراد ان يرجع في

له

ق
وبعضه

وغيره

في احدهما مكن منه كما لو رجع الاب في نصف ما وهبه ولده وفي
ذلك بين ان يكون التلف بآفة سماوية او بفعل المشتري او بفعل اجنبي كما
صرح به في المطلب والقيمة التي توزع عليها الثمن اقل قيمة من حين العقد
الى حين القبض صرح به في الاستقصاء عن القاضي ابي حامد وابي الحسن
وصاحب التهذيب ان من الاصحاب من ذكر وجهاً انه يتخير بين ان ياخذ
الباقي بجميع الثمن او يدع ويضارب ولو كان قد قبض نصف الثمن والصورة هذه
فالقديم انه لا رجوع له وقد نص في الجديد على انه يرجع في الباقي اذا لم تنقص قيمته
مثل قيمة التالف ونص فيما اذا اصدق زوجته اربعين من الغنم فزادت زكاتها
شاة ثم طلقها قبل الدخول على قولين مع قولنا الصداق انه ان الصداع احد
القولين انه يرجع في عشرين شاة قال الاصحاب وهو موافق لنصه في المفلس والثاني
انه ياخذ نصف الموجود ونصف قيمة الشاة المخرجة فمن الاصحاب من خرج من هذا
قولاً في المفلس وجعل مسلة على قولين واظهرهما انه ياخذ الباقي بما له في
مثالنا والثاني وهو اختيار المزني انه ياخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقي من
الثمن ويضارب الغرما بنصفه ومنهم من قطع بالنص وفرق بان الزوج اذا
لم يرجع الى عين الصداق اخذ القيمة بتمامها والبايع لا ياخذ الثمن بل يحتاج الى
المضاربة وزوال ملك المفلس الذي لا يتسلط على استرجاعه بمنزلة التلف
فيما ذكرناه وحيث يتسلط على استرجاعه كما في القرض اذا كان باقياً في يد
المقترض او في يد المشتري في زمن الخيار اذا قلنا بزوال الملك يجوز للبايع استرجاعه
كما هو للمفلس قاله الماوردي ولو عاد الملك بعد الزوال على وجه
اللزوم وكان بعد الحجر ففي الاستقصا حكايته عن الصيمري في الايضاح
انه لا رجوع له وعن ابن الحلوح حكاية وجهين في جواز الرجوع واجراهما
فيما لو خرج الموهوب عن ملك الولد ثم عاد وفي الصداق عن ملك الزوجة
ثم عاد قبل الطلاق لكن الاصح في مسلة الصداق عند الاكثرين ان حق

الزوج يتعلق به وبه جزم في المهذب والشامل بخلاف الهبة لان
الرجوع في الهبة يختص بالعين ويختص بزوال الملك ورجوع الزوج لا
يختص بالعين بل يتعلق بالبدل والعين العايدة اولى من بدل الغايب
ومقتضى هذا ان يكون الصحيح في مسلتنا عدم الرجوع كما في الهبة وهو
الذي اختاره في المرشد وقد بنى الشيخ ابو محمد في السلسلة الخلاف في هذه
المسلة على الوجهين في رجوع الواهب والوجهين في رجوع الواهب
على الوجهين في رجوع الصداق الى الزوج والوجهين في الصداق على
القولين فيما اذا قال العبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه
ودخل الدار قال ثم الرافعي ولك ان تقول بنا الوجهين على القولين
المنصوصين معقول واما بنا صورة من صور الوجهين على الاخرى
مع استوايهما في المعنى فليس باولى من القلب والعكس وليس
ما ذكر مستوياً في المعنى لان في مسلة الصداق والهبة الفرق بينهما
ما ذكر وفي مسلة الهبة والفلس وان تساويا في اثبات حق الرجوع
في العين لا بغير لكن البايع اذا امتنعناه من الرجوع ضارب بالثمن فلا
يفوت مقصوده بالكلية والواهب اذا امتنعناه من الرجوع لم يرجع
الى شي ثم على القول بالرجوع لو كان عوده الى المفلس بسبب بيع
ثاني ولم يوف عنه الثمن ايضاً ففي الحاوي ان البايع الثاني اولى وان
ترك فهل للاول الرجوع فيه وجهان وفي طريقة المراوزة في المسلة
ثلاثة اوجه احدها وهو الصحيح ان الحكم كما ذكرناه عن الحاوي والثاني
ان الاول اولى مع عدم ترك الثاني والثالث انهما يشتركان فيه
نصفين وعلى الصحيح لو كان المفلس قد باعه ثم اشتراه من ثالث
ولم يستوفه الثمن ايضاً فالحق للثالث فان ترك فثلاثة اوجه
احدها انه لا حق لصحيحه والثاني ان الحق للثاني والثالث ان الاول

والثاني

والثاني يشترك في ثمنه ويكون بينهما بالحصص ولو كان البايعون اربعة
فالحق للرابع فان ترك فعلى الوجه الاول الاحق لغيره وعلى الثاني
يكون الحق للثالث فان ترك فالحكم كما لو كان البايعون ثلاثة وعلى
الثالث يكون بين الثلاثة اثلاثا قاله الماوردي وصاحب الاستقصاء
ولو كان المبيع صيدا والبايع في حال الحجر محرم او كافرا والمبيع عبدا
مسلما وقلنا الكافر لا يشتري المسلم لم يكن له الرجوع الى عين المبيع
وضارب مع الغرما بالثمن قاله الجيلي وتفقها [illegible] فيما اذا باع
الكافر العبد المسلم بثوب ثم اطلع على عيب به هل له رد الثوب
ليرجع اليه العبد المسلم وجهان فكان يتجه ان يجريا هاهنا لكن
نقض الثمن اقتضى بقوم مقام العيب خصوصا اذا قلنا ان الخيار على
الفور وكذا الخلاف المحكي في صحة شرا المحرم الصيد يتجه ان يجي مثله
هنا فان جوزنا الشرا جاز الرجوع وان لم نجوزه اتجه ان يخرج على
الوجهين ايضا في رد الكافر العبد المسلم بالعيب قال الا ان يكون
قد استحق بشفعة او رهن او جناية اي تعلقت برقبته او خلطه بما هو
اجود منه اي مثل ان خلط صاع حنطة قيمته درهم بصاع حنطة
قيمته درهمان او كيلة زيت قيمتها درهم بكيلة زيت قيمتها درهمان
ونحو ذلك مما يجري فيه الربا وهو مردود الى المثال والدليل على امتناع
الرجوع في الثلاثة سبق تعلق حق الغير بها وفي الرابعة انه تعذر
عليه الرجوع اليها حقيقة وحكما اما حقيقة فللاختلاط واما
حكما فلانه لو استرجع كيله منه لاستفضل زيادة غير متميزة او اجل
بها على الغرما مضرا وان اخذ من الكيلة بقدر ما يخصه بالقيمة
صار معاوضا في مثالنا صاعا بثلثي صاع وذلك ربا واذا تعذر
الرجوع الى العين بطل حق البايع منها وهذا هو الصحيح في المسايل

الاول في

كلها

كلها وفي المسألة الاولى وجهان اخران احدهما ان البايع اولى فلا
يتسلط الشفيع على الاخذ والثاني ان الشفيع ياخذ ويختص
البايع بالثمن مرهونا اذا حضر البايع وتزاحما على الاخذ اما
اذا لم يحضر او اخذ البايع العين فهل يستقر اخذه او للشفيع
الانتزاع منه بناها على انه اولى فيه نظير قدر ذلك في الصداق وجهان
ويتجه جريانهما ايضا هنا وفي المسألة الثانية اذا كان بعض المرهون
يوفي بما هو مرهون به بيع منه بقدره ويثبت للبايع بعد فك الرهن
في الباقي الرجوع فيه وهذا الحكم في العبد الجاني ولو سقط الرهن
وارش الجناية ثبت للبايع حق الرجوع في الجميع صرح به الرافعي وفي
الحاوي حكاية وجه انه لا رجوع له في المرهون ولا في العبد الجاني وهو
مشابه وجها محكيا في الهبة انه لا رجوع للواهب فيما وهبه اذا
كان الموهوب له قد رهنه ثم زال الرهن ويتجه ان يجي الوجه الذي حكاه
مجلي في الهبة ايضا انه يجوز له الرجوع في حال الرهن ويكون موقوفا
لكن مع التنفيس فيما اذا ابرا البايع المفلس من ضمان العين لو
تلفت وصححنا هذا الابرا فهو وجه محكي على هذا النحو في الوسيط
وغيره فيما اذا طلق الزوج قبل الدخول وكان الصداق مرهونا وفي
المسألة الرابعة قول ان للبايع حق الرجوع واختاره المزني لكن
في كيفية الرجوع قولان وقيل وجهان اصحهما ان ذلك يباع ويأخذ
البايع في مثالنا ثلث الثمن ويقسم على الغرما الثلثان وهذا ظاهر ما
نقله المزني على ما حكاه ابن الصباغ والثاني انه يعطى من المختلط ثلثه
قال الماوردي وهذا ظاهر كلام الشافعي وهو في الرافعي محكي عن رواية
الربيع والبويطي قال العمراني ويخرج هذا الخلاف على ان القسمة بيع او افراز ان
قلنا بالاول لم يقسم غير ذلك وان قلنا بالثاني فيجوز تنبيه تقييد
الشيخ امتناع الرجوع في مسألة الخلط بما اذا خلطه بالاجود يفهم

انه اذا اخلطه بمثله او بما هو دونه ان الرجوع لا يمنع وهو كذلك
على الصحيح وادعى ابن الصباغ ان المذهب لا يختلف فيه لان عين ماله موجوده
من جهة الحكم بخلاف ما اذا اخلط بالاجود لكنه اذا اخلط بالمثل قسم المال
بينهما بالسويه فان لم يطلب القسمه ولكن طلب البائع البيع فهل
يجبر عليه المفلس فيه وجهان واذا اخلط بالاردا ان رضي البائع اخذ
مكيلته منه ولا كلام وان لم يرض ففيه وجهان احدهما وهو الصحيح انه ليس
له الا ذلك ان رجع والثاني له المطالبه بالبيع وجها واحدا كما هو في الشامل
والحاوي والثاني ان ذلك يباع فاذا كان قيمة المبيع درهمين وقيمة
المخلوط درهم دفع الى البائع الثلثان من الثمن وهذا قول ابي اسحق وقد
خرج بعض الاصحاب فيما اذا اخلط المبيع بمثله او بما دونه قولا انما
اذا اخلطه بالاجود انه ليس للبائع حق الرجوع وابدى ان الحنطه
المبيعه اذا انثالت عليها حنطه اخرى قبل القبض انفسخ العقد
على قول ينزل له منزلة التلف والقائلون بالصحيح قالوا الملك قبل
القبض غير مستقر فلا يمنع تاثره بما لا يتاثر به الملك المستقر **قلت**
والظاهر صحة التخريج ويؤيده ان الشيخ ابا الطيب الطبري نقل الظاهر
من نص الشافعي فيما اذا اخلط المغصوب بالمثل او بما دونه ان الغاصب
يتخير بين ان يدفع اليه منه او من غيره ولو كان كالمفقود لما خيره ولو
خلط الزيت بالشيرج ودقيق القمح بالشعير ونحو ذلك فلا رجوع له في عين
المبيع وهل يسقط حقه من ثمنه لعدم اختلاطه على وجهين احدهما
وهو قول ابي علي ابن ابي هريره ان حق البائع لا يسقط فيباع الجميع ويدفع
للبائع ما قابل الزيت والى غرما المفلس ما قابل الشيرج المخالط كذا
قال الماوردي وابدى الامام احتمالا في جواز الرجوع والقسمة على
قولنا ان فائدة الرجوع فيما اذا اخلط بجنسه بيع المخلوط وقسم

وقسم الثمن **فروع** لو كاتب المشتري المبيع امتنع على البائع
الرجوع وان اجره لم يمتنع كذا قال الرافعي وغيره وهو في
الاجاره جواب على جواز بيع المستاجر والا فهو كالمرهون كما
صرح به المتولي وكذا الظاهر ان يكون ما قيل من منع الرجوع
في المكاتب جوابا على منع بيع المكاتب اما اذا قلنا بجواز بيعه
فيظهر جواز الرجوع كما قال الاصحاب في ان الواهب يمتنع رجوعه
في الموهوب اذا كاتبه الموهوب له وقلنا بعدم جواز بيعه ونصحح
الرجوع اذا جوزنا البيع لكنهم قالوا لو اتفق البيع [illegible] حق المشتري
اذا جوزنا البيع على الصحيح حتى يعتق باداء النجوم اليه كما ذكرناه في باب
ما يجوز بيعه ومثل هذا في الرجوع فيه احتمال من حيث ان الرجوع
يتضمن رقبة العبد فيشبه ان يكون راجعا في نجومه فكذلك الحكم لو
تعلقا الرجوع ويشهد لما ذكره المزني في الاجاره ان الامام حكى عن نص الشافعي
ان الطلاق اذا وقع قبل الدخول والصداق مستاجر انه لا يرجع الى عينه
اذا منعنا بيع المستاجر واختاره وكذلك قال الاصحاب فيما اذا وقع
التحالف والعين المبيعه مستاجره ثم على المذهب في المكاتب والكتابه
لو انفسخت الكتابه فهل له الرجوع فيه طريقان احدهما اجرا القولين
في زوال الملك وعوده والثاني القطع بجواز الرجوع واذا رجع في العين
المستاجره قال الاصحاب لا تنفسخ الاجاره والاجره للمفلس
تقسم على الغرما وسكتوا عن رجوع البائع على المفلس بها وذلك
في مسئلة الصداق وفي مسئلة التحالف ان البائع يرجع على المشتري
باجرة المثل لما بقي من المده والذي يظهر عدم جريان مثل ذلك في مسئلتنا
وفي الصداق من حيث ان الاجارة عيب جرى في يد المشتري وللبائع مندوحه
عنه بالرجوع في الصداق الى القيمه وفي مسئلتنا الى الثمن وفي مسئلة التحالف

تعين حقه في العين فلذلك طالب بالاجرة واعلم انه لا فرق
فيما ذكرناه بين ان لا يرضا الغرما بتقديم صاحب العين بثمنها او
يرضوا لاحتمال ظهور غريم اخر وما في ذلك من المنة على البائع
ويشبه ان يكون الخلاف المذكور في جواز الرجوع في العين عند
مساواة الديون المال حيث جوزنا الحجر وفيما اذا ضمن له الثمن ضامن
بغير اذن المفلس وفيما اذا اعير منه شي ليرهنه بالدين فرهنه
ماخذه ما ذكرناه فعلى العلة الاولى يجوز له الرجوع عند مساواة
الديون المال ولا رجوع له عند وجود الضامن والرهن وعلى الثانيه
ينعكس الحال ولو كان الضامن قد ضمن باذن المفلس قال في التتمه
ليس له الرجوع وقد حكى الرافعي فيما اذا قدم الغرما البائع وجها انه
يمتنع عليه الرجوع **قال** وان نقصت العين اي عن الحالة التي وقع
عليها العقد بفعل مضمون اي مثل ان جنى عليها اجنبي او البائع رجع
فيها وضارب مع الغرماء بقدر ارش النقص من الثمن اي ان شا ويكون
ارش النقص للمفلس مقدرا كان او غير مقدر وان شا ضارب مع
الغرماء بالثمن اما وجه جواز رجوعه في العين فما ذكرناه واما وجه
رجوعه بالارش فلان المشتري اخذ بدل النقصان الذي كان البائع
يستحقه لو بقي فلا يحسن تضييعه واما وجه اعتبار ذلك من
الثمن لا من القيمه فلان الكل لو ذهب لم يضارب الا بالثمن لكون التالف
تلف على ملك المفلس وكذلك النقص هذا هو المشهور وفي الحاوي ان
محل النقص اذا كان المفلس قد قبضه وتلف في يده ولو لم يقبضه
وكان باقيا في ذمة الجاني فلا ياخذه البائع ان يختص باخذه ولا ان يشارك
الغرما فيه لانه بدل عين ماله الذي تعذر استرجاعها اما اذا
نقصت العين بافة سماويه نظر ان كان نقصان صفة وهو نقص

ما لا يمكن

٢٤٤

ما لا يمكن افراده بالعقد كاليد والرجل والحرفة وجودة الخط
فليس للبائع الا الرجوع في العين من غير ارش او المضاربة بكل الثمن
وفي كتاب القاضي ابن كج ان من اصحابنا من اثبت قولا انه كالنقص
بالفعل المضمون وان كان نقصان جزء وهو نقص ما يمكن افراده
بالعقد وقد وقع عليه العقد مقصودا كاحد الثوبين والعبدين
فعن نقل العلاء فيه وما دخل في العقد ضمنا كالثمرة غير المؤبرة
هل يلحق بالجزء حتى اذا تلفت بالافة السماوية ضارب بقسطه ام لا
فيه وجهان في الحاوي وعن ... الجزم بان المشتري اذا اتلفها ضارب
البائع بقسطها وقال المحاملي ان اصل الوجهين ان الثمرة غير المؤبرة
هل يقابلها قسط من الثمن ام لا ولو نقصت العين بفعل المشتري نقصان
صفة فطريقان اصحهما عند الامام ان ذلك بمنزلة فعل الاجنبي والثاني
وهو ما حكاه الماوردي ان فيه وجهين وغيره قال فيه قولان احدهما
حكيناه اولا واصحهما وهو المذكور في الشامل وغيره من كتب العراقيين
وفي التهذيب انه كالافة السماوية **فرع** انهدام الدار وغرق بعض
الارض حكى الماوردي فيه ثلاثة طرق احدها ان في ذلك قولين احدهما
انه نقص صفة والثاني نقص جزء وهذه طريقه ابي الطيب بن سلمه
وابي حفص ابن الوكيل والثانيه القطع بالقول الاول والثالثه وهي طريقه
ابي اسحق المروزي حمل اختلاف ما روي عن الشافعي على حالين فرواية
المزني وحرملة انه ياخذه بكل الثمن اذا كانت الاله بعد الهدم باقيه
ورواية الربيع والبويطي انه ياخذه بحسابه من قسطه من الثمن اذا
كانت بعد الهدم تالفه وهذا يدل على اجراء الخلاف المذكور اولا
فيما اذا ذهب بعض النقض ولم يذهب منه شي وقد جزم به الرافعي
فيما اذا لم يذهب من النقض شي انه نقصان صفة وان الاصحاب

الحشو ابنه احتراق سقف وان لكل ان يقول يجب ان يطردوا
الخلاف المذكور في تلف سقف الدار المبيعة قبل القبض انه
كالعيب او كتلف احد العبدين بل نقصان الزيت بالعرض على
النار وغلي العصير مثل ان كان اربعة ارطال فعاد الى ثلاثة نقصان
جزء او صفة فيه وجهان اصحهما في المرشد الاول فيضارب في
مثالنا بربع الثمن واذا قلنا بمقابله وكانت قيمة العصير ثلاثة
دراهم فعادت بعد ان نقص الى درهمين كان له ان يرجع فيه ولا شي له وان
بقيت قيمته بعد ذلك اربعة دراهم فله الرجوع والقدر الزايد هل يفوز به
يبني على ان الزيادة بالصنعة عين ام اثر ان قلنا بالثاني فاز بها
وان قلنا بالاول عند القفال وعند غيره يصير شريكا له بثلاثة ارباع
درهم ان هذا القدر هو قسط الرطل الذاهب وهو الذي زاد بالطبخ
في الثاني **فائدة** حكى الامام عن صاحب التلخيص اذا كان وزن
العصير عشرة فاشتراه بعشرة وهو يساوي بها ثم صار وزنه بعد
الغلي ثمانية وقيمته سبعة انه يرجع في العين ويضارب الغرما
بقدر نقصان القيمة وقدر النقصان ثلاثة وانه علل ذلك بان قال
ليس ما حدث مجرد نقصان صفة بل انضم اليه نقصان العين ثم
قال وهو خطا والصواب ان يقول قد نقص بالنار خمس المبيع فهو
كما لو نقص بانصباب او غيره من اسباب الضياع فيرجع في
الزيت ان شا ولا حظ له في مقابلة الدرهم الناقص من القيمة
وان العين باقية والاربعة الاخماس وزنا وقدرا ويضارب
بخمس الثمن **قلت** وما قاله صاحب التلخيص تظهر صحته لان
درهمين من النقص حصلا بسبب نقصان الجرم كما ذكره الامام
وهو يفهم من كلام صاحب التلخيص ايضا والدرهم الاخر كلام

المفلس

وهو درهما التلخيص

صاحب التلخيص رشد الله

صاحب التلخيص رشد الى انه بسبب نقصان الصفة وان صفة
العصير تغيرت بالعرض على النار وقد نقلوا ان الاصح عند الامام
فيما اذا حصل نقصان الصفة بفعل المشتري انه كالحصول بفعل
الاجنبي ولو حصل نقصان الصفة بفعل اجنبي ضارب به البايع فكذا
واحدا فقد لاح في هذه الصورة ان النقص حصل بفعل المشتري والله اعلم
قال وان زادت زيادة متميزة كالولد والثمرة اي اذا حدثت ذلك
وانفصل في ملك المفلس رجع فيها دون الزيادة لان الزيادة حدثت على
ملك المفلس فسلمت له كما في الرد بالعيب ولانها غير مبيعة والبايع
انما ثبت له الرجوع في المبيع ولا فرق في جواز الرجوع في الام دون الولد
بين ان يكون ادميا في سن يجوز التفريق فيه بينه وبين امه او لا نعم اذا
كان في سن لا يجوز فيه التفريق حكى العراقيون وجهين احدهما ان الجارية
تباع مع الولد ويعطى البايع ثمنها وهذا هو الاصح في الشامل وغيره
والثاني انه ان بذل قيمة الولد كان له الرجوع فيها وسلما له والا فلا
حق له في الرجوع واشار الامام في هذه المسالة متباعدة وهي انا ذكرنا
وجهين فيما اذا وجد الام معيبة وهناك ولد صغير انه يترك الرد
وينتقل الى الارش او يحتمل التفريق للضرورة وفيما اذا رهن الام دون
الولد انهما يباعان معا او يحتمل التفريق ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال
التفريق وانما اختلفوا في دفعه فيجوز ان يقال يجي وجه التفريق ايضا هنا
لكنهم لم يذكروه اقتصارا على الاصح ويجوز ان يفرق بان مال المفلس مبيع
له مصروف الى الغرما فلا وجه لاحتمال التفريق مع امكان المحافظة
على جانب الرجوع ودون مال المفلس [illegible] وما قاله من ان الوجه
المذكور في الرهن لم يذكره [illegible] الماوردي حيث قال من
اصحابنا من جوز التفرقة بينهما للضرورة مثل ما قيل في التفرقة

الرابع

سبقها في الرهن وقد اشار اليه الامام ايضا في كتاب السير
بقوله انهم جوزوا الرجوع في الام للمفلس وصرح به الشاشي
في حليته وابن يونس في شرح هذا الكتاب اما اذا اشتراها وهي
حامل ثم وضعت عند المفلس او اشترى النخل والثمرة غير موبرة
ثم ابرت عند المفلس فله الرجوع في الجارية والنخل وهل له الرجوع
في الولد والثمرة لانهما كانا موجودين فيه قولان لكن القولان في حمل
الرجوع في الثمرة مرتبان على القولين في الولد واولى بالرجوع لانها
معقودة فيه بعينها بدليل جواز افرادها بالبيع على المذهب بخلاف الحمل
وقد وجه الامام وجه الرجوع في الولد بانه كان موجودا عند البيع
فاشبه الام ومقابله بانه كان صفة عند العقد غير موثوق بها
وهو الان عبد مملوك مستقل بنفسه فقدر كانه وجد حديثا بعد
البيع ثم قال وقد بنى الاصحاب الخلاف على ان الحمل هل يعرف ام لا وما
ذكرته مع ضعفه اولى من كون الحمل مجهولا فانا ان شككنا في الحمل حالة
اجتنانه فاذا انفصل لما دون ستة اشهر لم يشكل بعد انفصاله
في كونه موجودا عند العقد وحيث قلنا بجواز الرجوع في الولد والثمرة
عند الوجود فلو كانا مفقودين فالذي حكاه الماوردي ان الولد ان
البائع يضارب بقيمته حملا في بطن امه حين انفصل لانه بعد الولادة
اكثر ثمنا وخيرة ثمنه حادثة في ملك المشتري فتقوم الام حاملا
حائلا وما بينهما يعطى للبائع من الثمن **قلت** ويظهر ان يلحق الثمرة
بالولد ولو كانت الزيادة غير متميزة كسمن الجارية وطول النخلة
وطيب الثمرة فلا خلاف في جواز الرجوع فيها بخلاف الصداق وسنقف
على ما فيه بينهما من الفرق في كتاب الصداق ولو كان المبيع بذرا فزرعه
فصار حبا او بيضا فصار فرخا او عصيرا فصار خمرا ثم خلا فهل له

متميزة

الرجوع فيه

الرجوع فيه فيه وجهان اصحهما عند العراقيين وصاحب التهذيب
ان له الرجوع عند القاضي ابي الطيب وابن الصباغ والغزالي وهو الذي جعله
المتولي المذهب مقابله ولو اشترى زرعا اخضر مع الارض ثم افلس
وقد اشتد الزرع حكى العراقيون ترتيبه على الخلاف السابق وانه اولى
بالرجوع وقد حكى الرافعي منها طريقين احدهما القطع بالرجوع والثاني
طرد القولين وهما يوخذان مما ذكرناه **قال** وان كانت الزيادة طلعا
غير مؤبر فيه قولان احدهما يرجع فيها مع الطلع لانه يتبع الاصل في
البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والكبر وهذا ما اورده المزني وحرملة
وقال الامام انه الظاهر والثاني يرجع فيها دون الطلع لان الطلع
ليس عين ماله فلم يرجع فيه وهذا ما رواه الربيع وقد روى الرافعي
طريقة جازمة به وهي توجيهها قال الامام ان هذا الخلاف مرتب
الخلاف الاتي في مثله الحمل واولى بان لا يرجع فيه وحكم غير النخل من
الاشجار اذا رجع فيها البائع وقد اثمرت في يد المشتري يظهر لك
من باب بيع الاصول والثمار كما صرح به الاصحاب **فرع** اذا اخرنا الرجوع
في الطلع فلم يتفق حتى ابر سلم للمفلس وفاقا ولو رجع البائع ووجد
الطلع مؤبرا واختلف في انه ابر قبل الرجوع او بعده نظران ادعى
المشتري انه رجع بعد التابير وان الثمرة التي هي الطلع غير تابعة
وصدقه الغرماء فالقول قوله مع يمينه فيحلف انه لا يعلم ان البائع رجع
قبل التابير قال الامام ولا سبيل الى تحليفه ما لم يدع عليه العلم بتقدم
رجوعه على وقوع التابير ولو صدقه البائع على عدم العلم بذلك لم
يحلف وان لم يصدقه البائع على عدم العلم بني على ان النكول والاقرار
ورد اليمين كالاقرار وانه لو اقر لما قبل اقراره وعزا ابي الحسين ابن
بعضهم ذكر قولا ان القول قول البائع لانه اعرف بتصرفه وعلى المذهب
لو نكل المفلس عن اليمين فهل يحلف الغرماء او يرد على البائع فيه طريقان

[illegible]

بأن مثلها في المسألة التي في آخر الباب فإن قلنا إنهم يحلفون فحلفوا
فصح ذلك بعينهم وإن نكلوا أو قلنا لا يحلفون فيحلف البائع فإن نكل
فهو كحلف المفلس وإن حلف فالإمام والرافعي ابتنيا ذلك على أن اليمين
المردودة مع النكول بمنزلة الإقرار أو البينة إن قلنا بالثاني استحق وإن
قلنا بالأول فهو لاستحقاقه … لو أقر المفلس ابتداء وأنكر الغرماء
فإن لم يسلموها … كانت غايته … أنها لو وصلت سلمت إليه
وما قاله … فيما إذا قلنا إن الغرماء لا يحلفون أما إذا قلنا إنهم
يحلفون فنكلوا فالذي يجب القطع به استحقاق البائع الثمرة كما صرح
به الماوردي وغيره لأنا إذا قلنا إن ذلك بمنزلة الإقرار فالمفلس
وافق الغرماء … وأسلم الثمرة له بلا خلاف وإذا لم يسلم الثمن فللبائع
… بعد نكول المفلس وقلنا إن الغرماء لا يحلفون …
… على … رجوعه قبل التأبير … وجهان أحدهما القطع
بأنهم يحلفون والثاني في المسألة قولان فإن حلفوا استحقت الثمرة وإن
نكلوا … على البائع … وحلف … ولو حلف بعض
الغرماء ونكل البعض … بقسط دينه من الثمرة واختص
… بالحلف وكلف البائع على الباقي ولا يستحقه ولو صدق المفلس
البائع في رجوعه قبل التأبير وكذبه الغرماء فهل القول قول المفلس
أو قول الغرماء فيه قولان فإن قلنا قول المفلس لم يحلفه صرح به الماوردي
… أن … حلفه على الخلاف في تحليف الراهن إذا أقر بجناية العبد
المرهون … المفلس … ابن الصباغ فهو كالناكل فيحلف
الغرماء على أحد القولين … وهو الذي جزم به الماوردي
وإذا حلفوا اقتسمت بينهم وثبتت في ذمة المفلس للبائع وعلى
القول الآخر يحلف البائع ولو صدقه الغرماء البائع وكذبه

المفلس

المفلس فالقول قوله وليس للغرماء بعد حلفه طلب يمينه التي
… وليس للمفلس المتصرف فيها … الحجر
… أن يكون له غرض … وللمفلس إجبارهم على قبول الثمرة عن
حقوقهم إن كانت من جنس حقوقهم أو الإبراء كما أطلقه الماوردي
وفي النهاية أن هذا فيما إذا قالوا له مال آخر … فك الحجر عنه
وأنهم إذا أجابوا إلى فك الحجر … لا مال له سوى ما قسم
بينهم فعن الإجبار الخلاف المذكور في الدين الحال …
السلم وفي الشامل إطلاق الخلاف عن الأصحاب في الإجبار و…
… غير الإجبار فإذا قبضوا الثمار وجب عليهم ردها إلى
البائع بخلاف ما لو كانت من غير جنس حقوقهم … وصرفوها
… فإنه لا يجب عليهم ردها إلى البائع وعليهم ردها إلى المشتري
… فهو مال ضائع وفي الحاوي حكاية وجه أن الغرماء إذا
… وجب عليهم ردها إلى البائع صاحب النخل ولو امتنع
الغرماء من قبض … فالحكم فيهم كالحكم في الذمي إذا
باع الخمر والخنزير وجاء بثمنه إلى المسلم ليقضيه دينه والنقل في هذه
المسألة صرح به هو وابن الصباغ وغيرهما في كتاب الرهن
… على الأوجه الإجبار على القبض أو الإبراء أن أهل
الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرى مجرى الصحيحة وفي
الوسيط في كتاب الشفعة أن الذمي إذا أحضر إلينا ثمن خمر
… عن الجزية لم نقبلها منه وإن لم …
… الجواز … اعتمادا على قولهم …
أن يكون الحكم فيهما واحدا … والله
أعلم

مسئلتنا فعندي الحاقها بما اذا اقر المرتهن بجنايه العبد المرهون وباع
العبد واراد اجبار المرتهن على قبض حقه منه او الابرا اشبه والحكم
في هذه الصوره كما ذكره المتولي الاجبار ووجه التشبه ان الشرع حاكم
بصحه التصرف في الموضعين والله اعلم والنزاع في ان للغرما ان يشهدوا
للبايع وليس لهم ان يشهدوا للمفلس قاله الرافعي واحسن بعض الشارحين
حيث حمل شهادتهم للبايع على ما اذا اشهدوا قبل تصديقه ولو صدق
المفلس بعض الغرما والبايع البعض وللمفلس تخصيص مصدقه بالثمار
ولو اراد قسمتها على الكل فوجهان قال ابن اسحق له ذلك وقال الاكثرون لا
هكذا حكاه الماوردي وابن الصباغ والرافعي وفيه نظر حيث ان الذي
يتولى القسمه الحاكم ولذلك فرض الامام الكلام فيه ولو لم يف ما
حصل للمصدقين بديونهم فيضاربون ساير الغرما بقيه ديونهم
مواخذه لهم بزعمهم او الجميع ديونهم فيه وجهان اصحهما وهو
المنصوص الاول **قال** وان كانت الزياده حملا لم ينفصل فيه
قولان اصحهما انه يرجع فيهما مع الحمل والثاني يرجع فيها دون الحمل ووجههما
ما ذكرناه وقد بناها الماوردي وغيره على ان الحمل هل يقابل بالثمن ام
ان قلنا لا اخذها حاملا وان قلنا نعم كان له الرجوع في الام والاحق
له في الولد وفي الرافعي على هذا حكايه وجه انه يرجع فيهما ايضا قال
وقضيه هذا البنا ان يكون الصحيح القول الثاني وكذلك قال بعض
شارحي المفتاح والاكثرون على ترجيح الاول واعلم ان كلام الشيخ
مصرح بجواز الرجوع في الجاريه في الحال على القولين وهو قول الشيخ
ابي حامد فتوضع الجاريه على يد عدل اذا قلنا انه لا يرجع في الحمل
ويكون نفقتها على البايع مالك الام دون المفلس مالك الحمل سوا
قلنا ان النفقه تجب لها او للحمل كذا قال الماوردي وفي الشامل انا

اذا قلنا للحمل تسلم المفلس

اذا قلنا الحمل يسلم للمفلس لم يكن له الرجوع في الام الا بعد الولاده
كالزياده المنفصله فلا يمكن الرجوع فيها ولا يمكن الرجوع في
الاصول دون الحمل وظاهر هذا يقتضي منع الرجوع مطلقا وقال
الصيدلاني وغيره وهو المحكي في التتمه ان البايع هل القول يصبر
الى انفصال الولد او لا يرجع في الحال حذرا الاحتراز عن التفريق بين
الام والولد بعد الوضع طريقه ما مر وقد ذكرت طرقا فيما
يستتبع الحمل والثمره من العقود والفسوخ جزما وما هو مختلف
فيه في باب ما يجوز بيعه فليطلب منه **قال** وان زادت قيمه العين
بقصاره او طحن رجع في العين اي ان اختار لما ذكرناه وكانت الزياده
للمشتري لانها حصلت بفعل متقوم محترم يجوز افراده بعقد
الاجاره فجرت مجرى الاعيان ونقل عن النص قول اخر واختاره
المزني ان الزياده للبايع لانها لا تتميز فاشبهت السمن ولان القصاره
تزيل وسخ الثوب وتكشف عما فيه من البياض والطحن يفرق اجزا المجتمعه
فاشبه كسر الجوز وهذا الخلاف يعبر عنه الفقها بان القصاره
والطحن يسلك بهما مسلك العين ام الاثر والصحيح انهما كالعين كما
حكاه الشيخ **التفريع** ان قلنا بما رجحه المزني كان للبايع حق الرجوع
زادت القيمه او نقصت ولا شي له عند النقص بسبب ذلك كما لا يغرم
شيئا عند الزياده ويكون اجره الصانع في مال المفلس وعن صاحب
التلخيص انه على البايع اجره القصار وغلطه الاصحاب **وان**
قلنا بمقتضى كلام الشيخ فلو حصل في العين نقصان بصنعه بفعل
المشتري كان ذلك ملحق بالافه السماويه او بالفعل المضمون فيتجه ان يجي
مثله هنا اذا نقصت القيمه وان قلنا بالثاني كما حكاه الشيخ فاذا
كانت قيمه العين قبل العمل بعشره وبعده خمسه عشر بسبب العمل كان
خمسه

لا ارتفاع الاسواق فقد صار المفلس شريكا للبائع اذا
رجع بثلث العين ولا يسلم الى الواحد منهما بل توضع على يد عدل حتى تباع
ويقسط فان كان المفلس هو الذي قصر الثوب وطحن الحب بيعت العين
وسلم للبائع ثلثا الثمن ولغرما المفلس الثلث وان كان الذي قصر
وطحن اجيرا انظر فان كانت الاجرة قدر الزيادة رجع فيها الاجير وصار
شريكا للبائع في العين بثلث ثمنها وان كانت الاجرة اكثر من الزيادة
مثل ان كانت درهمين ونصف صار الاجير شريكا للبائع في الثمن
بالسدس وللبائع الثلثان وللمفلس السدس يقسم على غرمائه وهذا
ملخص ما قاله الماوردي والامام ومن الشامل والتهذيب ان للبائع ان
يمسك المبيع ويمتنع من بيعه ويبذل للمفلس ما زاد فيه بسبب العمل
ومنع المتولي منه لان الصنعة لا تقابل بعوض فان قيل ان جعلتم
الاجير كالواجد لعين ماله حتى يقدم بما يقابله عند تساوي الزيادة
والاجرة على الغرما فينبغي ان يعطى ذلك اذا كان زائدا او نقصا ويضع
الغرما تمام اجرته عند نقص الزيادة عنها قلت وقد حكى الغزالي ان
بعض الاصحاب قال به وطرد القياس لكن النص الاول وقد ادعى الرافعي
ان ما حكاه الغزالي عن بعض الاصحاب لم يعثر عليه لغيره ولكن ذكر
ابن كج ان ابا الحسين خرج وجهين في انه لو قال الغرما للقصار خذ
اجرتك ودعنا نكون شركا صاحب هذا الثوب هل يجبر عليه وان
الاصح الاجبار وعلى هذا القياس على البائع اذا قدمه الغرما بالثمن
وقد اجاب الماوردي عن عدم اخذه الزيادة بانه اسقط حقه منها
حين رضي بالاجرة المقدرة وعن قوله يضارب بما نقص بانه لما لم
يستحق الزيادة وجب ان يحتسب عليه النقصان والذي اجاب
به الامام انه جعل حق المستاجر من العين كحق المرتهن من الرهن
وقد سبق ان الحكم في المرهون على هذا النحو وما قاله ظاهر اذا

كانت العين

كانت العين في يد المستاجر بناء على ان للبائع حق الحبس اما اذا
كان قد سلم العين الى المفلس ثم جعله كالمرهون نظر والى ما
حكاه الامام اشار الغزالي بقوله فله حق حبس الثوب بيده
على سبيل الوثيقة وقد فهم الرافعي من ذلك ان المراد به اذا
كان الثوب في يد القصار كان له حبسه الى استيفا الاجرة
فلاجل ذلك قال ولا تعلق له بالمفلس وقد حكى الامام بعد ما
حكيناه ان في هذه المسئلة غلطتين للاصحاب احدهما ان شيخه قال
اذا كانت قيمة الثوب عشرة والاجرة درهم والثوب بعد القصارة يساوي
خمسة عشر عاشراه الغبن بل قيل ان للبائع عشرة وللقصار درهمين
وللمفلس ما بقي فان اقتضى ما ذكره من التشبيه تعلق حق القصار
بالثوب بالمرتهن ان لا يعطى القصار الا درهما فان الوجه القطع
به والغلطة الثانية ان الاصحاب قالوا في التفريع على ان القصارة
عين يفسخ القصار العقد ويرجع الى القصارة لم يحصلوا المذهب كما
ذكرناه وكان الامر كما ذكروا لاستحق القصارة كما لها بالغة ما
بلغت قلت ولعل ما حكاه الغزالي عن بعض الاصحاب اخذه من ها هنا
واعلم ان الحكم في الخياطة بخيط من نفس الثوب والصباغة والطحن
والبناية وذبح الشاة وشي اللحم وخبز العجين ونسج الثوب ملحق بما
ذكرناه وقد الحق ابن سريج وصاحب التلخيص ابو محمد ايضا
تعليم العبد الحرفة والقران والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة
وذهب ابو اسحق وابن ابي هريرة وابن القطان الى ان هذه الاشيا لا
تجري مجرى الاعيان قطعا لانه ليس بيد المعلم والرايض الا التعليم
وقد يجتهد فيه فلا يحصل الغرض فكان كالسمسرة وهذا ما حكاه
في الاستقصا وقال الرافعي الاصح الاول والضابط عليه ان يصنع

لعله تشبيه

لو

لعلها القصارة

في المبيع ما يجوز الاستئجار عليه ويظهر اثره فيه واحترز
بظهور الاثر عن حفظ الدابة وسياستها ولو نقصت قيمته لم

تنبيهات

قول الشيخ زادت قيمة العين بقصارة او طحن فيه اشارة الى ان
الزيادة لو حصلت عند القصارة والطحن بسبب ارتفاع السوق لا
بسبب الطحن والقصارة ان الحكم لا يكون كذلك وهو صحيح لان للبائع
ان يرجع في العين ولا شيء لغيره معه **الثاني** القصارة بكسر
القاف فعل القصار يقصر بضم الصاد قصرا اذا بيضه ودقه
قال الزجاج والواحدي كل ما اشتمل على شيء فهو فعالة بالكسر نحو
الغشاوة والعمامة والقلادة والعصابة وكذا اسماء الصنائع
لاشتمالها كلها فيها كالخياطة والقصارة وكذا من استولى على
شيء فاسم ما استولى عليه الفعالة كالخلافة والامارة **قال** وان
اشترى ثوبا وصبغا فصبغ الثوب اي بنفسه وان لم يزد قيمتهما
ولم ينقص اي مثل ان كانت قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة فصارت
قيمة الثوب مصبوغا خمسة عشر **قال** رجع كل واحد منهما في ماله لانه
وجده ويكونان شريكين في ذلك وفي كيفية الشركة ما حكى البغوي
والطبري عن رواية الشيخ ابي علي في الشرح فيما اذا كان المشتري قد
صبغ الثوب بصبغ عنده ورجع بائع الثوب فيه وجهين في
كيفية الشركة في هذه الصورة احدهما يكون لصاحب الثوب ثلثا
الثوب وثلثا الصبغ ولصاحب الصبغ ثلث الصبغ وثلث الثوب لان
مال كل واحد منهما لا يتميز عن مال الآخر فصار كما لو اشترى زيتا
فخلطه بمثله والثاني ان جميع الثوب يكون لبايعه وجميع الصبغ
لصاحبه كما لو اشترى ارضا وبنا فيها وغرس **قلت** وبحثه جرنا

في مسالتنا

في مسالتنا اذ لا فرق بينهما والمشهور فيها ان الثوب يباع
ويقسم الثمن في مسالتنا الثلثان والثلث وقد يظهر ثمرة الخلاف
في كيفية الشركة فيما لو اراد صاحب الثوب قلع الصبغ او
المفلس والغرماء فان قلنا بالاول فله تمكنوا وان قلنا بالثاني
كان الحكم كما سنذكر في مسالة الارض اذا غرست والمنقول في الرا
فعي قال فيما اذا طلب صاحب الثوب قلع الصبغ انه كما لو طلب
صاحب الارض التي بنا فيها المفلس وغرس قلع البنا والغراس
وفيما اذا طلب المفلس والغرماء قلع الصبغ ويغرموا نقصان الثوب
ان القاضي ابن كج قال لهم ذلك ولا فرق فيما ذكرناه بين ان
يكون الصبغ يمكن فيه التمييز والاستخلاص ام لا وعن القاضي
ابي حامد وجه انه ينزل منزلة القصارة والطحن اذا كان لا يمكن
تمييزه واستخلاصه حتى يكون تبعا للثوب على احد القولين **قال** وان
زادت قيمتهما اي بسبب الاجتماع لا بسبب ارتفاع الاسواق مثل ان
صارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين قال رجع كل واحد منهما في
ماله لما ذكرناه وتكون الزيادة للمشتري لانها حصلت بفعله وهذا
من الشيخ جواب على ما جزم به اولا من ان الصنعة كالعين فيكون لبائع
الثوب النصف من الثمن ولبائع الصبغ ربعه وللمفلس الربع وعلى
القول الذي اختاره المزني ان الصنعة اثر يكون الخمسة الزائدة بين
صاحب الصبغ وصاحب الثوب بالقسط ولا شيء للمفلس وفي النهاية فيما
اذا كان المفلس قد صبغ الثوب بما ليس يتبع ان الشيخ ابا علي ذكر
في الشرح ان بائع الثوب يفوز بالزيادة اذا قلنا ان الصنعة اثر ثم
قال وهذا وان نقص الصنعة على الثوب والصبغ وما ذكره
هو الذي اورده الشيخ ابو علي في شرح الفروع وصاحب التهذيب

والاكثرون على نحو ما قلنا ههنا وفي كتاب القاضي ابن كج نقل الوجهين
معا فراجعه. والرافعي رحمه الله ان ما ذكر في المسئلة يجري فيما اذا كان
الصبغ مشترا فيجيء مع ما ذكرناه وجها اخر ان لبائع الثوب النصف
والربع ولبائع الصبغ الربع اما اذا كان سبب الزيادة ارتفاع الاسواق
او حصول الصنعة نظر ان كانت الزيادة في قيمة الثوب لا غير كانت
لبائعه وان كانت في قيمة الصبغ كانت لبائعه وان كانت في قيمتهما
وزعت عليهما بالنسبة كذا صرح بمثله ابن الصباغ في مسائل الغصب
كما ستعرفه ان شاء الله تعالى **قال** وان نقصت اي مثلا ان صارت قيمة الثوب
مصبوغا اثنا عشر وسعر الثوب باق على حاله حسب النقصان
على صاحب الصبغ لان اجزاءه تتفرق وتنقص والثوب موجود بحاله ولان
الثوب لو كانت قيمته مصبوغا كما كانت قبل الصبغ او انقص لا يسمى
نقص قيمة الثوب بل كان لصاحب الصبغ فيه حق فاولى ان يحسب النقصان
عليه **قال** ويرجع صاحب الثوب بماله وحده فيكون له من ثمن ذلك
عشرة وصاحب الصبغ بالخيار ان شاء رجع فيه ناقصا اي فيعطي من الثمن
درهمان ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضرب مع الغرماء اي بالثمن كما
لو نقص الصبغ من غير ان يصبغ به وهل واحد السبيلين هذا الماوردي
وهو قول الشيخ ابي حامد وفي الشامل والمهذب وغيرهما ان لصاحب
الصبغ اذا رجع فيه ان يضارب مع الغرماء بما نقص من قيمته قال
ابن الصباغ لان النقصان تلف جزء من الصبغ وفي الجيلي تاويل قول البيان
ان شاء رجع فيه ناقصا اي ويضارب بقدر ارش النقص من الثمن حمله
على ما قاله ابن الصباغ وفي المهذب وان اجل من المصنفين لم يذكر انه
مع الرجوع في الصبغ لا يضارب بما نقص وقد علمت ما حكيناه فيه
قلت والتحقيق في هذه المسئلة ان يقال ان كان النقصان بسبب
نقصان صنعة الصبغ لا غير اذا كانت قيمة الثوب خمسة ارطال وزنه

الصبغ رطلا

الصبغ رطلا وقيمة الثوب مصبوغا ستة فلا يرجع بائع الصبغ
اذا اختار بغير شيء كما قاله الشيخ لما تقدم ان المبيع اذا
نقص بفعل المشتري بنقصان صفة كان النقص بالحفظ السماوي في
عند العراقيين وان كان النقص بسبب نقصان جزء من المبيع وذهابه
في الثوب كما قال ابن الصباغ في التعليل وكلام الشيخ في المهذب
يوافقه كان للبائع الفسخ الرجوع في الدرهمين والمضاربة بما يقابله
من الثمن وهو بلا نية في مسألتنا حكاه في المهذب والشامل لما تقرر
ان نقصان الجزء لا يفرق ان يكون بفعل الاجنبي او افة سماوية او
المشتري لكن احتمل ان يكون الثمن الذي اشترى المفلس به الصبغ
مساويا لقيمته ولو احتمل ان يكون نقصان الثمن بسبب نقصان الصفة
او نقصان جزء بني الامر على انه نقصان جزء فيضارب بائع
الصبغ بعد الرجوع في درهمين بثلاثة دراهم لان حصة الثمن قبل
الفسخ ثابتة في ذمة المفلس وعند الفسخ يسقط منه ما قابل
الذي استرجعه البائع ونحن نشك ان اي الدراهم الثلاثة سقط منها
ذمة المفلس ام لا والاصل بقاؤها في الذمة والحكم في ما لو كان
المشتري قد صبغ الثوب بصبغ من عنده ثم افلس كالحكم فيما اذا
كان قد اشتراه وصبغ به الا ان في هذه الصورة لبائع الثوب ان
يبذل ما يستحقه المفلس من الصبغ ليخلص له مصبوغا وقيمة صبغ
صاحب التتمة الذي حكاه في الفصل قبله وصرح بان له ان يقلع
الصبغ ويغرم نقصان الصبغ ولو كان متمكنا عاما من بائع الثوب
فالحكم كما ذكرناه عند الجمهور وفي الحاوي في هذه الصورة ان
قيمة الثوب اذا كانت عشرة وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمتهما
بعد الصبغ خمسة عشر ان البائع بالخيار بين ان يرجع فيهما ولا شيء له

حكيناه في
للمفلس
الصبغ

او يضارب مع الغرما بالعشرين لان العمل قد ضاع وصار
مستهلكا وقد نقص الثوب والصبغ نقصانا لا يجبر ولا يحق
عليك ما فيه من النظر **فرع** لو كان المبيع ارضا وقد بنى فيها المشتري
وغرس ثم افلس وحجر عليه والبنا والغراس قائم نظر ان توافق الغرما
والمفلس على القلع فلهم ذلك فهو لهم وللبائع الارض ان يرجع فيها بيضا
فان قلع بعد رجوعه ونقصت الارض بالقلع فان امكن ازالة النقص
بتسوية الارض كان عليهم ذلك وان لم يمكن فعليهم غرم ما
نقصت به الارض ويقدم بذلك على الغرما كما صرح به الماوردي
والشيخ في المهذب وصاحب التهذيب وغيرهم ونقل الرافعي ان الشيخ
ابا حامد ذكر انه يضارب بها مع الغرما **قلت** والظاهر ان ما
ذكره ابو حامد في الحالة الثانية لعله فان رواية البندنيجي والمحاملي
قد قالا في هذه الصورة مثل ما حكيته عن الماوردي وغيره وان قلع
قبل رجوعه فهل على المشتري غرم ما نقص للارض فيه وجهان في
الحاوي فان وجب به ضارب به مع الغرما وليس للبائع الارض في
الحالة الاولى ان يجبرهم على اخذ قيمة البنا والغراس ليتملكهما ولو
رضي المفلس بالقلع وقال الغرما نأخذ القيمة من البائع ليتملك
البنا والغراس او كان الامر بالعكس او وقع هذا الاختلاف بين
الغرما قال ابن الصباغ فيجاب من يدعو له المصلحة وان امتنع الغرما
والمفلس من القلع فان بذل بائع الارض قيمتهما فايمكن كان له
الرجوع في ارضه ويجبر المفلس والغرما على اخذ قيمة ذلك او قلعه
مجانا كما صرح به الماوردي وان كان لفظ الرافعي يوهم تعين اخذ
القيمة وفي تعليق القاضي الحسين ان من اصحابنا من قال لا يقلع ذلك
مجانا لحلاق بنا المستعير وغراسه ولو لم يبذل بائع الارض قيمة

البنا والغراس

البنا والغراس ولا التزم ارش نقصها اذا قلعا كان له
الرجوع في الارض واجبارهما على القلع قال القاضي الحسين
في تعليقه بلا خلاف ولو لم يبذل البائع قيمة البناء والغراس
ولا التزم ارش نقصهما فهل له الرجوع في ارضه فيه طريقان
احدهما وهي طريقة المزني وابن سريج وابي اسحق حكاية قولين احدهما
وهو اختيار المزني ان له ذلك كما في مسألة الصبغ والثاني وهو الاصح
لا و يضارب البائع مع الغرما بالثمن لما في ذلك من الاضرار بالمفلس
وضرره من جهة احدهما زوال منفعة البناء بزوال الانتفاع بالارض
ومن الاستيجار وعدم امكان الاستطراق اليهما وهذا فارق مسألة
للصبغ فانه لا ضرر على مالك الصبغ بالرجوع في الثوب والثاني
نقصان قيمة ذلك بسبب تسلط الغير على نقصه وقد قاس ابن الصباغ
هذا القول على ما اذا ابتاعه منقسما مقسم ما في حسبه والطريقة
الثانية حمل نقل عن الشافعي من القولين على حالين وقد اختلف الاصحاب
في الحالين على اربعة اوجه احدها وهو ما حكاه الماوردي مع طريقة
القولين لا غير ان ابا الفياض البصري واهل البصرة ذهبوا اليه
ان القول الاول محمول على ما اذا كان البنا والغراس يسيرا والاكثر
منافع الارض اذا استرجعت باقية والقول الثاني محمول على ما اذا
كان البنا والغراس كثيرا واكثر منافع الارض مشغولة لفوات
المقصود منها فيصير مستهلكة والوجه الثاني وهو ما حكاه ابن
الصباغ لا غير مع طريقة القولين ان القول الاول محمول على ما اذا كانت قيمة
الارض اكثر وقيمة الغراس والبنا قليلة والقول الثاني محمول على
ما اذا كانت قيمة الارض قليلة وهذه عبارة البندنيجي والمحاملي
وغيرهما وبينهما وبين عبارة الماوردي فرق يظهر لك في باب المزارعة

ان شا الله سبحنه والوجه الثالث وهو ما حكاه القاضي الحسين
من طريقه القولين لا عتبران القول الاول محمول على ما اذا
رجع من الساحات المتخلل بين الابنية والاشجار ورضي بمضاربة
الغرماء بقسط الباقي من الثمن والقول الثاني محمول على ما اذا
اراد ان يرجع في جميع الارض ما يخلل الاشجار والابنية وغيره
والوجه الرابع وهو محكي من التتمة ايضا بدلا عن الوجه الاول
الذي قلته ان القول الاول محمول على ما اذا رجع في الارض وحدها
لانها عين ماله والقول الثاني محمول على ما اذا اراد ان يرجع
بالارض مع الغراس والبنا لان ذلك عين مال المشتري ودخولهما
في الارض لا انهما المبيع فلا يملك الرجوع في الارض بعد ويجيء
من الطريقين في التتمة وغيرها الاولى قال القاضي ابو الطيب لا يمكن
اعتبار ان تكون قيمة الارض اقل [من قيمة] البناء في سقوط الرجوع يلزمه ان
يقول اذا بذل البايع قيمة الغراس والبنا لا يكون له الرجوع في الارض
لانها تبع للبناء والغراس لان قيمتها قليله [معه] تعل التفريع حيث قلنا
لا رجوع له في الارض ضارب بالثمن مع الغرماء صرح به القاضي الحسين
وفي مجموع المحاملي وعلله السنجي والرافعي ان له مضاربة الغرما بالثمن
او يعود الى بذل قيمة الغراس والبناء او ارش نقصانهما بعد القلع
وحيث قلنا الرجوع له فرجع قال المحاملي كان له الخيارات الثلاثة
التي تقول في [المعير] المستعير وقال القاضي الحسين انه الظاهر هنا فان
اختار احدها وامتنعوا القلع مجانا وحكى عن بعض اصحابنا ما
حكيته من قبل ولو اراد البايع والمفلس والغرما بيع الارض وما
فيها من الغراس والبناء بيعت ودفع للبايع الارض ما قابل لمنتها
والى الغرماء ما قابل لمن البناء والغراس لكن هل يدفع الى البايع ما

ببيضا او ما قابل لمنتها وهي ذات بناء وغراس فيه وجهان
حكاهما ابن ابي هريرة اصحهما في الحاوي وبه جزم السنجي الثاني
كما ان النقص من الثوب المصبوغ يحسب على صاحب الصبغ فعلى
على هذا تقوم قيمة الارض ذات بناء وغراس وتقوم قيمتها دونهما
فاذا قيل تسعون وجب للبايع الارض تسعة اعشار الثمن قال
الرافعي وغيره احاله كيفية التقسيط على ما هو مذكور في باب
الرهن ولو امتنع البايع من بيع الارض مع البنا والغراس فهل
يجبر عليه المنصوص وهو الاصح في الحاوي وغيره لا وحكى ابن سريج
قولا اخر انه يجبر كما يجبر على بيع الجارية مع ولدها وعلى بيع الثوب
مع صبغه والقايلون بالاول فرقوا بان البنا والشجر يمكن افراده بالبيع
دون ما غرس عليه وحكى المحاملي في المجموع مع القولين ان من
اصحابنا من قال ان الارض والبنا والغراس تواجر ويدفع الى
البايع اجرة الارض ويكون للمفلس اجرة البنا والغراس فيصرف
الى الغرماء قال وهذا ليس بصحيح في الغراس لانه لا اجرة له هذا ما اورده
الجمهور في الفرع المذكور وفي النهاية ما يجتمع منه اربعة اقوال احدها
ان بايع الارض فاز بعين ماله فلا يرجع بحال والثاني ان الارض والبنا
والغراس يباعان معا كما يفعل في الثوب المصبوغ والثالث يرجع في الارض
ويتخير بين الابدال كما في حق المستعير واذا عين خصلة من الثلاثة
واختار المفلس والغرما غيرها او امتنعوا ان العمل فوجهان في انه
يرجع في الارض ويقلعهما مجانا او يجبرون على ما عينه والرابع
حكاه عن العراقيين انه ان كانت قيمة الارض اكثر فهو واجد عين ماله وان
كانت قيمة البناء اكثر فهو فاقد وان الحكم فيما لو وهب لولده ارضا
فبنى فيها الولد وغرس واراد الاب الرجوع فيها فالحكم في الارض

المبيعة فيجري فيها الاقوال قال الرافعي واذا تاملت هذا
الخلاف بعد وقوفك على المذهب المعتمد وتفقدك عن كتب علمائنا
وراسها ستها من المخالفة الصريحة فضبت العجب منه ولعله
اخذ ستعري من اين اخذ هذه الاقوال **فرع** لو كان الغراس ايضا
مبيعا من اخر فللاول من البايعين الرجوع فيما باعه وللبايع
الغراس قلعه بغرم ما نقص من الارض بسببه فان امتنع من قلعه
وبذل له صاحب الارض قيمته فان امتنع صاحب الارض من بذل
قيمة الغراس وطلب القلع فان التزم ارش نقص الغراس بالقلع اجيب
وان امتنع من التزام الارش وامتنع صاحب الغراس من قلعه فهل
يجبر على القلع فيه وجهان احدهما لا كالمفلس وهذا هو الاصح في
حلية الشاشي والثاني نعم والفرق انه باع الغراس مقلوعا واذا احله
مقلوعا الحقه ضرر بخلاف المفلس وانه قد لبسعر ملكه على غراس
تام وقلعه يزيل النما فيلحقه به الضرر **فرع** لو زرع المشتري الارض
المبيعة ثم افلس واختار البايع الرجوع في الارض جاز لانه وجد المبيع
مشغولا بما سقل فلم يمتنع عليه الرجوع كما لو وجد بايع الدار الدار
مشغوله بامتعته واذا رجع فيها فان كان الزرع قد استحصد وجب
نقله والا بقي الى اوان الحصاد بغير اجرة فان طلب المفلس القلع
في الحال وامتنع الغرما منه او العكس فقد مر طلب القلع وقال
ابو اسحق يعمل من طلب الاحظ من الامرين **قال** وان كان
للمفلس دين وله به شاهد اي وقد ادعى باذن المفلس ولم
يحلف فهل يحلف الغرما فيه قولان هذه المسالة لم في المذهب
ونقل القولين فيها القاضي ابو الطيب والماوردي وحكاهما
عن القديم والجديد ولا ابن الصباغ عن الشرح احدهما وهو

الذي قاله في القديم انهم يحلفون لان المال اذا ثبت استحقوه
فكان لهم الحلف على اثباته كالورثة ولان الوكيل اذا
احلف مع البايع في طلب الثمن حلف وحق الغرما في مال المفلس
اثبت من حق الوكيل في مال الموكل واذا قد حلف الوكيل فالغرما اولى
والثاني وهو الجديد الصحيح انهم لا يحلفون لانهم يحلفون لاثبات المال
لغيرهم فلا يجوز كما لا يجوز للزوجة ان تحلف لاثبات مال زوجها
وان كان اذا ثبت تعلقت به نفقتها وكذلك المساكين والمرتهن اذا
غصبت العين منه واراد ان يحلف على اثبات غصبها وخالف الورثة
فانهم يثبتون الملك لانفسهم والوكيل ان سلم الحكم فيه فانه يثبت
بيمينه على نفسه الذي باشره وانه مستحق لغيره بدليل ان ذلك الا ان
الموكل لا يجوز له ان يحلف على ذلك بخلاف المفلس والشيخ ابو حامد
وراوياه المحاملي والبندنيجي والامام والقاضي الحسين يقولون قول المنع
منصوص عليه هاهنا وانه نص فيما اذا مات من عليه دين وله
دين وامتنع وارثه من الحلف لاثباته على قولين من القديم وان من الاصحاب
من خرج غرما الميت على غرما المفلس وجعل في حلفهم قولين
ومنهم من اجرى النصين على ظاهرهما وفرق بينهما باحدهما
ان الحق للمفلس وامتناعه عن اليمين يورث ريبة ظاهرة وفي
غرما الميت الحق كان للميت وانما حلف الورثة بناء على معرفتهم
بلسان الميت وقد يكون الغرما اعرف به والثاني ان غرما
الميت ايسوا عن حلفه فمكنوا من اليمين لئلا تضيع الحق
وغرما المفلس غير ايسين عن حلفه وهذه الطريقة اصح
عند الامام وقال ابن الصباغ حكاية عن الشيخ ابي حامد
قال والمذهب انهما على قولين والطريقان يجريان فيما لو كان

المدعى عينا وفيما لو لم يكن للمفلس شاهد ولكنه
ادعى ونكل المدعى عليه عن اليمين فامتنع المفلس من الحلف
أما إذا لم يدع المفلس بالحق وكذا الوارث فليس للغرماء أن
يدعوا وإذا انتقضت الدعوى انتفى طلب استحلاف الخصم وإقامة
البينة عليه وفي الإشراف حكاية وجه أن لهم أن يدعوا ويطلبوا
يمين الخصم ويقيموا البينة وهذا ما حكاه الإمام عن تخريج
فرعان على قولنا إن الغرماء يحلفون أحدهما لو حلف بعضهم دون
البعض استحق الحالف بالقسط كما لو حلف بعض الورثة على دين
لمورثهم صرح به الماوردي وابن يحيى الثاني لو حلفوا ثم أبرؤوا
عن الدين فالمحلوف عليه يكون لهم ويلغو الإبراء أو يكون للمفلس
أو يبقى على المدعى عليه ولا يستوفى أصلا فيه ثلاثة أوجه صرح بها
ابن يحيى والثالث منها هو المذكور في زوائد العمراني في باب الشهادات
في غرماء الميت واعلم أن ما ذكرناه من الأحكام في رجوع البائع في
المبيع يجري في رجوع المستأجر شخصا على عمل في الذمة إذا كانت
الأجرة باقية وفي الأجر عند فلس المستأجر ما الأجرة قبل
انقضاء مدة الإجارة على الأصح ولا يبعد الرجوع في المبيع إذا
كان أرضا وهي مشغولة بزرع المفلس أجرة مثل ما بقي من المدة
متعلقا به إن رضي الغرماء بذلك وإلا فله قلعه مجانا وليس له
القلع مع الرضى ثم في السلم عند فلس المسلم إليه وبقاء رأس
المال الفسخ والرجوع إلى رأس المال وإذا عدل نكفه عند أبي إسحق
والصيدلاني عن ابن سريج لكنه يضارب برأس المال وينزل ذلك منزلة
انقطاع المسلم فيه وعلى هذا فهل يجيء قول بانفساخ السلم كما في
انقطاع المسلم فيه فيه وجهان والأصح خلافه وما قاله أبو إسحق وغيره بل يتعين

الاجر

دون بعضهم

من المضاربة

حقه في المضاربة وإن كان ما خصه من الموجود من جنس حقه سلم
إليه وإلا اشتري له ودفع إليه وهذا إذا لم يكن المسلم فيه منقطعا
أما إذا كان منقطعا فوجهان ليس للمسلم الفسخ أصلا لأنه لا بد من
المضاربة فسخ أو لم يفسخ بالإفلاس والانقطاع إنما الفسخ به حيث
يتخلص من المضاربة والأصح أن له الفسخ وفائدته تسليم ما يحصل له من
رأس المال إليه بخلاف ما إذا ضارب بقيمة المسلم فيه فإنه يحفظ حتى
يشترى له به من جنس حقه وحكم غرماء الميت إذا مات مفلسا حكم
غرماء المفلس بعد الحجر لما ذكرنا في جواز الحجر عليه إذا كانت أمواله
تساوي ديونه وجميع خمسة من بلد ونحوها هنا هذا المعنى مفقود
مع أن الورثة ممنوعون من التصرف في التركة حتى توفى الديون فيجوز
حكمه في هذه الحالة حكم الموسرين ولا يمكن من باع منه عينا ولم يقبض
ثمنها وهي باقية أن يرجع فيها وقد ذهب الإصطخري إلى أنه إذا مات
موسرا أن للبائع أن يرجع في عين ماله مستندا بظاهر الخبر وقوله يجري
هنا ولو قال الوارث للبائع في الصورة التي يجوز فيها الرجوع في المبيع
أنا أعطيك الثمن من مالي فهل يمتنع عليه بذلك الرجوع فيه وجهان
أصحهما وبه جزم أكثرهم أنه لا يمتنع عليه الرجوع والله سبحانه أعلم

آخر الجزء الأول من السرع من شرح التنبيه

ويتلوه في الجزء الثاني باب الحجر الحمد لله وحده وصلواته على محمد
وآله وصحبه وسلم سلاما رضي الله عن الصحابة أجمعين وعن التابعين
بإحسان إلى يوم الدين

بلغ مقابلة بأصل صحيح مقابل على أصل المصنف فصح بحسب الطاقة والله أعلم